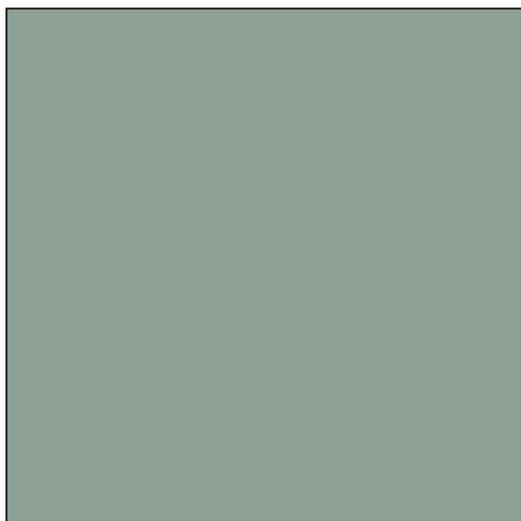


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

60



RAFFAELE VOLANTE

**IL SISTEMA
CONTRATTUALE
DEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO**

STRUTTURA DEI PATTI
E INDIVIDUAZIONE DEL TIPO.
GLOSSATORI E ULTRAMONTANI

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME SESSANTESIMO

RAFFAELE VOLANTE

IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO

*Struttura dei patti e individuazione del tipo.
Glossatori e Ultramontani*



Milano - Giuffrè Editore

ISBN 88-14-08835-7

Pubblicazione realizzata con un contributo ministeriale (fondi ex 40%)

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2001

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INTRODUZIONE

1. L'enucleazione delle dottrine del diritto comune classico in tema di contratti deve fronteggiare innanzitutto il problema offerto da una fra le architetture sapienziali di maggior importanza fra quelle che caratterizzano l'esperienza giuridica basso-medievale: la razionalizzazione dei *vestimenta pactorum*. Una costruzione concettuale che domina il terreno della ricostruzione giuridica del fenomeno contrattuale in tutte le varie fasi di quest'epoca, la cui apparente semplicità può tuttavia risolversi nell'occultamento o nella distorsione degli oggetti sui quali deve esercitarsi l'opera di indagine dell'interprete odierno.

La vicenda storica dei *vestimenta* si lascia descrivere, difatti, in un quadro elementare che trova necessariamente il suo sfondo nel diritto romano. Questa esperienza conosce il *contractus* come cifra primaria e esclusiva per descrivere la realtà dei propri negozi bilaterali. Nelle sue varie figure, frutto delle diverse età in cui si articolò quell'esperienza, il contratto romano è sempre una fattispecie tipica e, perciò stesso, pienamente tutelata. Nulla di più abnorme, in questo sistema di concetti, che l'apparentare questa categoria a quella del *pactum*, il semplice accordo non produttivo d'azione. Le sorti del *contractus* corrono parallele e indifferenti a quelle del *pactum*. La disciplina del primo, quanto alla sua conclusione, agli effetti giuridici, alla tutela sono compiutamente descritte dal *Corpus Iuris*; il *pactum* è, al contrario, un concetto appena definito nei suoi termini primi. Nel disegno complessivo dell'esperienza giuridica romana, il *pactum* rileva come eventuale accessorio del contratto, mai come figura autonoma; nei casi in cui il patto modifica il contratto su cui si innesta, è pur sempre quest'ultima la struttura cui far riferimento per verificare il regime degli effetti ⁽¹⁾.

(¹) Chiaramente proponiamo qui un quadro che, nella stretta necessità di sintesi,

Due sfere diverse e separate, quindi, che non possono essere ricondotte ad una minima *ratio* comune. Nulla può avvicinare modelli rigidamente definiti nel loro momento genetico come in quello funzionale a delle realtà che, per non essere in alcun modo riconducibili alla rigida tetrarchia delle *causae obligationum* (2), meritano di restare in un'area d'incompletezza giuridica pari alla loro indefinitezza concettuale.

Questo è il punto in cui il giurista medievale getta la radice della sua costruzione (3). Uno fra i principali sovvertimenti che il *doctor iuris* impone al tessuto giuridico sul quale esercita la propria *interpretatio* consiste appunto nel riunire in un solo genere i due modelli del *contractus* e del *pactum*, le due inconciliabili monadi dell'esperienza giuridica romana. Il mezzo adoperato è apparentemente elementare: distinguere nei *pacta* due categorie. La prima, quella dei *pacta nuda*, in tutto eguale alla concezione classica, comprendente quindi ipotesi inefficaci a produrre azione; la seconda è, al contrario, una categoria del tutto nuova in cui ricondurre le fattispecie tipiche e pienamente azionabili del diritto romano, significativamente detta dei *pacta vestita*. La *stipulatio* romana diviene quindi, nel lessico dei

non lascia scorgere la complessità storica della vicenda romana dei contratti. Una ricerca di diritto comune classico, quale quella che qui si propone, deve necessariamente lasciare questa problematica sul proprio sfondo, nell'ombra traslucida in cui la percepirono i protagonisti della vicenda di nostro interesse. Per un ampio sguardo sulla vasta letteratura romanistica sull'argomento si veda M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto italiano*, IV ed., sez. civile, vol. IV, p. 58-75, Torino 1989.

(2) Nelle quattro categorie del *re, verbis, litteris* e *consensu obligari*, per come si riporta in I. 13, 2. La genesi della classificazione nell'esperienza giuridica romana è oggetto degli studi del C.A. CANNATA, in particolare *La classificazione delle fonti delle obbligazioni. Vicende di un problema dommatico e giuridico. Prima parte*, in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 4, 1974, p. 35 ss. La lineare tetrarchia è destinata a complicarsi nel diritto postclassico e giustiniano, come dimostra G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Parte generale*, I, Milano 1952, specialmente il terzo capitolo.

(3) Certo predisposta dall'incessante lavoro di destrutturazione portato avanti da secoli di prassi alto-medievale, che si è scelto di non trattare nella presente indagine. L'analisi degli assetti negoziali nella fase precedente all'emersione di una coscienza sapienziale del diritto richiede strumenti autonomi, rispettosi della specificità di quell'esperienza, in grado di descriverne compiutamente i tratti caratteristici senza indulgere in fuorvianti generalizzazioni. Sui fenomeni contrattuali altomedievali si cfr. G. ASTUTI, *op. cit.* e F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959.

glossatori, un patto vestito *verbis*; il mutuo è un patto *re vestitum*, e così via (4).

2. Su questa rozza contrapposizione, l'*interpretatio* medievale costruirà uno dei suoi frutti più originali e rilevanti. Non occorre ragionare lungamente della grande importanza che l'architettura dei *vestimenta* assume nel disegno storico complessivo dell'esperienza giuridica continentale. Basterebbe citare la durata di questa costruzione dottrinale, che arriverà sino alle ultime soglie del diritto comune classico e ben oltre, fino ad essere combattuta nel primo svolgersi delle moderne riflessioni sul tema dei contratti. Il sistema dei *pacta* — fortemente criticato e discusso già nel pieno sviluppo dell'età che pure ne vide il sorgere — costituirà, anche per generazioni di giuristi ormai avvezzi ad altri strumentari, un dato e un problema da cui non poter prescindere. I *vestimenta* saranno, anche per queste figure ormai libere dal vincolo dell'*auctoritas*, una presenza incombente e faticosa da superare (5).

Questa circostanza ci comunica fin da subito l'impressione di una « falsa semplicità » della questione. La grezza diarchia concettuale dei glossatori è, in realtà, l'epifenomeno di un'opera tutt'altro che lineare, sulla quale la storiografia ha avuto una grande diversità di opinioni. A dispetto della linearità della contrapposizione tra accordo azionabile e non azionabile; oltre l'icasticità propria del tessere un *vestmentum* per ciò che il diritto romano vedeva irridimibilmente *nudum*, la teoretica dei *pacta* e dei *vestimenta* rimane,

(4) La più recente ricerca sull'argomento è quella intrapresa da I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, Torino, 1997. Resta sempre un classico momento di confronto H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in *Zeitschrift für Savigny-Stiftung, Romanistische abteilung*, 87, 1960, pp. 270-303. È appena il caso di ricordare come la vicenda dei *vestimenta* occupi un ruolo particolare nella dottrina giuridica contemporanea grazie al percorso di ricerca di G. GORLA, iniziato da *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano 1954.

(5) Il fastidio di THOMASIVS verso le partizioni tradizionali con le quali si esprimeva la disciplina dei patti e dei contratti è, a questo proposito, episodio illuminante, per come lo riporta I. BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'usus modernus*, in *Saggi sulla formazione storica della categoria generale di contratto*, Cagliari 1988, p. 33 e ora in AA.VV., *Towards a General Law of Contract*, Berlino, 1990.

difatti, uno dei punti più controversi del complesso dibattito sui contratti nel pensiero giuridico medioevale.

Tutte le posizioni presenti in dottrina partono, in genere, dalla stessa minima ricostruzione del fenomeno tecnico: i glossatori accettano in sé il concetto romano di *pactum nudum*, fonte di una mera obbligazione naturale, e distinguono da esso un qualcosa in più, in grado di far aderire al semplice accordo fra soggetti una forza ulteriore, che dà ingresso nel mondo della piena efficacia giuridica ⁽⁶⁾. Questo meccanismo, semplicissimo a descriversi, è tuttavia inteso da taluni come il segno di una forte soluzione di continuità con l'esperienza giuridica romana ⁽⁷⁾; da altri, all'opposto, come un'opera di mera replicazione dei rigidi moduli consegnati dall'antico diritto ⁽⁸⁾.

Si ha quasi l'impressione di una dottrina che, analizzando i *pacta*, ne subisca il fascino come dinanzi a una qualsiasi allegoria medievale. Una lunga progenie di diavoli e di santi popola l'iconografia del tempo; spesso li si vede colloquiare dottamente, ma sarebbe arduo, per l'osservatore moderno, stabilire se quella scena rappresenti una conversione e non piuttosto una tentazione. Spetta

⁽⁶⁾ « Si trattava di una creazione di notevole rilievo, destinata ad inserirsi come un cuneo nella disciplina delineata nel *corpus iuris* perché faceva emergere il principio che l'accordo (*pactum*), cui si aggiungesse un particolare elemento (*vestmentum*) che lo giustificasse in seno all'ordinamento, era produttivo di effetti giuridici, fosse il *quid* aggiuntivo un *nomen* speciale, come nelle quattro categorie dei contratti nominati, o una prestazione (*res*) già compiuta, o la connessione con un contratto (*cobaerentia contractus*), o ancora la speciale previsione di una legge (*pacta legitima*) o la specifica tutela pretoria (*pacta praetoria*) ». I. BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in *Saggi sulla formazione storica* cit., pag. 107.

⁽⁷⁾ Si può certamente ascrivere C. KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1882 (r.a. 1967) tra i più risalenti fautori di questa impostazione, seguita con vari esiti e su diversi presupposti dalla storiografia.

⁽⁸⁾ « La dottrina civilistica medioevale ricostruisce sostanzialmente il sistema romano giustiniano, al quale rimane fedelmente legata, pur senza rinunciare ad ulteriori sviluppi concettuali, ed anche a nuove impostazioni: e per quanto la teoria dei contratti sembri esposta in modo nuovo, possiamo tuttavia asserire che le apparenti innovazioni sono piuttosto di forma che di sostanza, e non consentono affatto di riconoscere un'effettiva evoluzione teorica, determinata dal progressivo affermarsi del principio consensuale. ». G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IX, Milano, 1961.

in fondo all'interprete decidere il ruolo da attribuire ai singoli personaggi e, così facendo, chiarire le categorie che lo hanno condotto a quel risultato. Allo stesso modo, ciascuna delle tesi presenti nella dottrina storico-giuridica sul nostro tema, pur ammettendo di osservare lo stesso quadro, ha dedicato un'attenzione privilegiata o all'elemento del *pactum* o a quello offerto dai *vestimenta*, facendo dell'uno o dell'altro il protagonista della scena rappresentata.

3. Si può dire, in questo modo, che tratteggiare il corso di questi due lessemi è opera indissolubilmente unita alle linee di una seconda vicenda, animata dai modelli di riferimento usati dalla storiografia nella ricostruzione del sistema contrattuale di diritto comune. Tra questi, è quantomeno ovvio riferirsi ai termini di tipicità e atipicità contrattuale, usuali al giurista e che pure necessitano, in questa sede, di una stipulazione definitoria.

Il modello generalmente usato dalla dottrina procede dall'idea che tipicità e atipicità contrattuale siano due categorie poste fra di loro in una sorta di linea evolutiva; i due cardini di uno sviluppo unitario e coerente della scienza giuridica. Nel tessuto formativo più profondo della storiografia giuridica vive l'immagine di una forte contestualità storica della tipicità, abbassata ad elemento proprio di ordinamenti primitivi, cui si contrappone l'elevarsi dell'atipicità, connotato degli ordinamenti più tecnicamente sviluppati. È così che il contendere della dottrina ha avuto sinora per oggetto il determinare in quale punto del corso storico, e attraverso quali vie, si sia potuta ottenere la pretesa dismorfia tra due opposte esperienze giuridiche, la cui rilevanza appare totalizzante nei confronti del dibattito complessivo.

Seguendo questa tradizione, la prima esperienza da considerare è quella del diritto romano classico, assunto da una concorde e indisturbata dottrina come il luogo storico della piena tipicità⁽⁹⁾. In esso ogni contratto è in sé un tipo, non modificabile nei suoi elementi genetici, né di conseguenza nella sua realtà normativa verso

(9) Basti pensare all'univoca messe di critiche che ancora oggi raccoglie l'opera di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958. Un testo cui tocca la non invidiabile sorte di essere un « classico » nella forma del rifiuto.

gli interessi che è chiamato a comporre. Da ogni tipo contrattuale rampollano azioni anch'esse tipiche, unico e immodificabile prodotto dell'ordinamento a tutela di quel determinato negozio. In un ordinamento di questa specie le parti possono solo scegliere quale ipotesi di composizione reciproca si attagli meglio alle loro esigenze, tra le diverse offerte dall'ordinamento. La capacità regolatrice degli interessi delle parti insita in ogni modello contrattuale è, difatti, puntualmente disciplinata dalla norma superiore ⁽¹⁰⁾.

La piena atipicità contrattuale è, all'opposto, il simbolo stesso della modernità del diritto. In un sistema atipico ogni ipotesi negoziale è, in linea di principio, ammissibile dall'ordinamento ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Quella che qui si propone è l'immagine astratta di un modello tipico perfetto nella sua totale rigidità. Alla norma superiore, in questa struttura, è così affidato il compito di regolare compiutamente ogni aspetto del negozio che sia prospettabile secondo criteri di generalità: la forma della manifestazione di volontà, quindi; l'assetto della normazione degli opposti interessi delle parti. A queste rimane quindi solo la libertà di scegliere la norma che meglio risolve i loro interessi e dotarla di un oggetto. La norma superiore è provvista, pertanto, di un elevato grado di specificazione, che può spingersi in taluni casi anche a una delimitazione degli oggetti possibili del negozio, come nel caso dei *gesta per aes et libram* del diritto romano più antico, passibili di disporre solo delle *res mancipi*. Una volta che ciò accada, è la norma superiore che regola compiutamente gli effetti, quindi gli obblighi e i diritti titolati a ciascuna parte. Possiamo definire la relazione che intercorre tra la norma superiore e quella dettata dall'agire dei privati nel concetto di *corrispondenza* ed è questione ultronea ai nostri fini stabilire se esso si sia verificato storicamente nella sua astratta rigidezza.

⁽¹¹⁾ In questo modello, per contro, la norma superiore indica soltanto taluni requisiti essenziali perché si abbia un contratto, lasciando all'autonomia delle parti delineare anche quegli elementi che, nel caso precedente, venivano previsti dalla legge. Le parti hanno ora la possibilità di foggare liberamente gli effetti del negozio, con i soli limiti dati dalle esigenze prospettate dall'ordinamento. Così come nel primo modello poteva parlarsi di corrispondenza, qui la relazione tra norme avviene sul cardine della *compatibilità*. In entrambi i modelli, difatti, l'ordinamento è chiamato a considerare il negozio ed a stabilirne la rilevanza affermandone di poi la congruità o meno con le sue disposizioni. Nel sistema tipico, tuttavia, tale valutazione viene eseguita anteriormente alla conclusione del negozio e una volta per tutte, allorquando l'ordinamento riconosce un determinato tipo contrattuale; nel sistema atipico, per contro, questo momento è posteriore alla conclusione del negozio, e deve effettuarsi — almeno in teoria — caso per caso. Autonomia privata e ordinamento possono qui correre su binari distinti, con la possibilità che si dia un negozio esistente e non riconoscibile. Nel modello tipico un negozio non riconosciuto dall'ordinamento semplicemente non esiste, né come tale, né in altri termini: la configurazione dell'autonomia privata e la riconoscibilità delle

Una condizione che è estremamente difficile tradurre nei termini propri della relazione giuridica e che meglio si definisce in un concetto di libertà, isolato più come simbolo che come strumento ⁽¹²⁾. Si dice così che le parti non siano più limitate a formulare il proprio negozio in uno dei tipi foggianti dalla legge ⁽¹³⁾. Il moderno del diritto assicura ai soggetti la piena potenzialità a creare fattispecie nuove e astratte dai tipi ⁽¹⁴⁾ come anche creare degli ibridi,

fattispecie vengono a coincidere nella sintesi superiore dell'ordinamento. Si vedano le lucidissime pagine di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. VASSALLI, rist. 2^a ed., Torino, 1960, p. 41 ss.

⁽¹²⁾ Si veda la descrizione che della libertà contrattuale fa F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. I, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968, p. 40-45 e la si confronti con la sua dottrina del contratto innominato, « estrema concessione » e « manifestazione ulteriore » della libertà contrattuale. L'A., ragionando sui caratteri propri della libertà contrattuale, costruisce una figura di contratto innominato che « ...è costituita non da una modificazione di uno schema tipico legale, bensì dalla creazione di uno schema nuovo, perché diverso dai già esistenti e noti, senza alcun limite, al di fuori di quello dell'osservanza della legge imperativa e del capoverso dell'art. 1322 c.c. ». Uno schema che, come è agevole vedere, si costruisce in negativo rispetto ai caratteri del contratto pienamente descritto e disciplinato dalla legge. Esso tuttavia non regge l'urto dell'esemplificazione, per cui si è costretti a ricorrere o alla figura del contratto *misto* (che rappresenta una negazione dello schema *a quo*, poiché si tratta pur sempre di una modificazione di un tipo legale) o alla figura del contratto *nominato*, *ma non anche disciplinato* dalla legge. Con la conseguenza di descrivere come innominati contratti che la legge certo non disciplina nella loro singolarità per il semplice motivo della loro piena riconducibilità ad un tipo, come la locazione di miniere o il contratto di trasporto di persone in carrozza-letto.

⁽¹³⁾ La configurazione di un modello atipico pone maggiori problemi rispetto alla comprensione di un sistema di rigida tipicità. In teoria dovrebbe essere sufficiente la presenza di una norma che dia validità generale ai negozi privati, stabilendone i criteri di compatibilità con l'ordinamento. Tutti i sistemi storicamente realizzatisi, tuttavia, registrano accanto a questa una puntuale normazione di singoli tipi, il che denuncia la difficoltà di costruire un intero sistema contrattuale solo su un insieme di clausole generali. Da qui la necessità della dogmatica odierna di ridefinire la tipicità da sede di validazione di un contratto a regime di qualificazione del regime degli effetti da questo prodotti. Cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino 1993, p. 420.

⁽¹⁴⁾ Una libertà che si scontra indefettibilmente con l'opposta tendenza alla tipizzazione, allorché si è chiamati a valutare la struttura del regolamento contrattuale. Si confronti G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 3 ss. e F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, p. 18 ss. La propensione a riportare ogni contratto ad un tipo, tutte le volte in cui occorra saggiarne la struttura è, tuttavia, fenomeno talmente consentaneo alla

adooperando parti di più contratti solo eventualmente previsti e puntualmente disciplinati dalla normativa superiore (15).

I termini del passaggio tra queste due opposte concezioni della materia contrattuale vengono resi, in genere, attraverso una forte diarchia di significati: forma e consenso. La storiografia individua costantemente nella forma la cifra propria degli ordinamenti che propendono per una stretta tipicità contrattuale; nel formalismo si identifica pienamente il carattere primitivo di queste esperienze giuridiche (16).

4. Non stupisce quindi come molte ricerche abbiano isolato il proprio oggetto in un tentativo di isolare il momento di passaggio da un principio « formalista » a uno « consensualista » (17). La rilevanza

mentalità del giurista da non potersi imputare solo ad una « mentalità conservatrice », pur indubbia. Il vero problema (oggetto sotteso della presente ricerca) è se un sistema contrattuale pienamente atipico sia effettivamente pensabile.

(15) Si porrà qui l'ulteriore problema di determinare, di fronte ad una fattispecie composta da parti di più regolamenti tipici, se essa sia un contratto tipico cui aderisce un obbligo accidentale oppure un vero e proprio ibrido, fatto di strutture contrattuali tra loro indifferenti (per avere oggetti diversi, ad esempio) o non altrimenti compatibili. Cfr. W.R. SCHLUEP, *Innominatverträge*, (estratto da *Schweizerisches Privatrecht*, B. VII/1) Basel- Stuttgart, 1979, pp. 772-776.

(16) Una contrapposizione che la storiografia spesso adopera più per evocare i tratti caratteristici delle esperienze passate che per descriverle in modo tecnicamente coerente. Si notino, a tal proposito, le osservazioni del SACCO: « Si osservi, per misurare l'apporto che queste ricerche offrono alla scienza civilistica, che talora gli storici parlano dell'antitesi {formalismo-libertà delle forme} in un senso talmente lato da comprendere anche l'antitesi {tipicità dei contratti-autonomia delle parti}. Certo, da un punto di vista logico, le due contrapposizioni sono distinte. Ma il loro reciproco accostamento (e persino la loro talvolta involontaria sovrapposizione) si spiega abbastanza facilmente, poiché l'opposto del principio formalistico è il principio della libertà dei patti informali, ossia l'assolutezza dell'autonomia contrattuale, e a sua volta l'opposto dell'autonomia contrattuale è la tipicità degli atti: tipicità e forma, variamente combinate, costituiscono i due limiti principali, entro i quali l'autonomia può venire costretta, per cui la storia dell'uno è collegata con la storia dell'altro istituto ». P. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino 1993, p. 573.

(17) Questa riduzione del problema ingenera una confusione tra piani diversi di comprensione del fenomeno contrattuale. Il problema della forma di un contratto si pone, difatti, al livello comune a tutti gli elementi di una fattispecie contrattuale in entrambi i sistemi. In quello tipico, la forma è uno degli elementi della fattispecie dati dall'ordinamento: se non viene integrato, così come se non viene integrato un altro

giuridica dei modelli contrattuali romani è individuata in un certo complesso di forme: nel momento in cui si concede validità ed efficacia a delle manifestazioni di volontà prive di una contestualizzazione formale, lì avremo trovato la radice del cambiamento, la soluzione epocale di continuità ⁽¹⁸⁾.

Questo atteggiamento interpretativo è stato ben lungi dal fornire risposte univoche sul terreno del diritto comune. Un'età di mera transizione, per taluni, nella quale trovano appena posto talune eccezioni al rigido formalismo classico, certo infiacchito e svilito dalle istanze postclassiche e giustiniane, eppure mai contestato nella sua sostanza di principio. È l'immagine di un edificio che si sgretola lentamente, nello stravolgersi delle singole figure che lo compongono, ma che non crollerà mai definitivamente fintanto che la sua intima struttura non venga stravolta da una nuova ideologia, che porti a capovolgere il principio sul quale si fonda. In questa prospettiva le riflessioni ordinanti del giurista di diritto comune appaiono sostanzialmente indifferenti al senso profondo dell'evoluzione complessiva del sistema ⁽¹⁹⁾.

Partendo dallo stesso schema interpretativo, dominato dal gra-

elemento qualsiasi, il contratto non esiste. Nel sistema atipico, ove l'ordinamento, per ragioni di opportunità o altro, impone una data forma al negozio, la sua inesistenza comporta l'incompatibilità, ma non l'inesistenza del negozio. Il contratto è così esistente, ma nullo o annullabile. Il requisito della forma è quindi presente in entrambi i modelli, anche in quello cui dovrebbe essere più refrattaria.

⁽¹⁸⁾ Una continuità di fondo, questa, che lega studi diversissimi per epoca ed ambiente. L'implicita *Dogmenfrage* di L. SEUFFERT (« Das römische Recht hat nicht aus jeder formlosen erklärten, auf Entstehung eines Forderungsrechts gerichteten Willenseingung zweier Personen, ein Forderungsrecht entstehen lassen ». *Zur Geschichte des obligatorischen Verträge*, Nordlingen 1881) e le conclusioni, formulate significativamente in via preliminare, da G. CHÉVRIER (*Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris 1929, per il quale la causa nelle prime opere bolognesi « est comme une protestation contre le formalisme »), sono eguali nel disegnare sull'allontanamento dal formalismo le ragioni dell'evoluzione del sistema.

⁽¹⁹⁾ È il caso di L. SEUFFERT, per il quale i glossatori si tennero sempre fermi al principio della generale improduttività di obbligazione dei *formlose Verträge*, arrivando al massimo ad individuare talune eccezioni, cavillose e prive di validità sistematica. Il principio opposto si afferma in Germania, a suo giudizio, « geraume Zeit nach der Reception des römischen Rechts unter der Einwirkung kanonistischer und besonders naturrechtlicher Anschauungen als Gewonheitsrecht entstanden ist. ». *Zur Geschichte*, cit., p. 167.

duale alternarsi tra forma e consenso, si può avere del medioevo una visione radicalmente opposta, come del momento in cui inizia la piena edificazione del principio consensualista. L'*interpretatio* dei glossatori, fondandosi su una concezione dell'ordinamento propria del loro tempo, porta, secondo questa tesi, ad un sistema estraneo ai principi classici, eppure costruito su concetti immediatamente riconducibili al diritto romano; principe fra questi il *pactum*, inteso non più come semplice tassello di una costruzione più complessa, ma come fulcro della rilevanza giuridica del consenso (20).

5. Espresse nella loro drasticità d'impostazione, entrambe le tesi lasciano intravedere sullo sfondo il peso del dogma della volontà; si errerebbe però nel ritenere che, aumentando la distanza critica verso questo mito falsamente risolutore, mutino nettamente le chiavi di interpretazione del sistema contrattuale del medioevo (21). Da molto tempo, difatti, la dottrina che si occupa dell'analisi del contratto nei sistemi positivi contemporanei si pone in una prospettiva estremamente diversa, antagonista rispetto alla pretesa ortogonalità delle costruzioni ottocentesche. Si abbandona così la concezione del valore intrinseco del consenso; viene condannata con vigore l'idea di un'omogenea evoluzione dei moderni principi contrattuali

(20) In anni di forte critica alla categoria del negozio giuridico e insieme di elevata speculazione teorica su questa nozione, suonano quasi ingenui (ma fortemente rivelatrici delle fideistiche illusioni che, all'epoca, si centravano sul dogma del consenso) nel tracciare il parallelo tra rilevanza della pura volontà e edificazione di un sistema ortogonicamente perfetto le parole di C. KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge* cit., p. 108: « Ist einmal der Pactumbegriff der Eintheilungsgrund und das allein Entscheidende für alle rechtlich relevanten Verkehrsverhältnisse, so wird unbemerkt das pactum selbst ein "Rechtsgeschäft" und die Konsequenz führt dahin, diese Anschauung überall zur Geltung zu bringen ».

(21) Come sottolinea I. BIROCCI, *Saggi sulla formazione storica*, cit. p. 15, se un primo tratto significativo della storiografia giuridica più risalente è dato dalla tendenza ad una semplificazione, spesso su basi ideologiche, della vicenda storica dei contratti, « un secondo carattere, che ha a lungo dominato e che è tuttora presente, consiste nel considerare l'elemento della volontà come il centro del nuovo regime contrattuale e nel descrivere le esperienze giuridiche precedenti ai codici ottocenteschi come momenti del graduale avvicinarsi alla regolamentazione razionale espressa infine nei sistemi legislativi del secolo scorso ». Su tutto si cfr. P. CAPPELLINI, « *Negozio giuridico (storia)* » in *Digesto IV ed. — Sez. civile*, vol. XII, Torino 1995, p. 99-102.

dalle superfluità del passato; si sottolinea che uno spazio di rilevanza per la forma è forte anche negli odierni sistemi giuridici. La dimensione storica del fenomeno rimane tuttavia condizionata dall'esigenza di riportare una continuità di sviluppo fra sistemi diversi. Pur circondata di precisazioni, essa trova a tratti sfogo nell'idea del medioevo come sede di un continuo procedere verso la « spiritualizzazione » del contratto, che viene sempre più estratto dal magma delle concrezioni antiche ⁽²²⁾.

Usando di questa linea interpretativa, l'interesse del giurista medievale per la problematica dei patti può essere considerato come uno tra gli epifenomeni di un processo che, se si svolge attraverso molti percorsi tecnici, pure tende ad un unico fine: l'isolamento del nucleo consensuale comune ad ogni ipotesi negoziale, elemento sufficiente per affermare il superamento della tipicità, quest'ultimo immagine stessa del moderno del diritto ⁽²³⁾.

La stessa esigenza di continuità si ritrova al fondo dell'opposta concezione della riflessione medievale sui contratti, propria di un'epoca che non poteva risolversi altrimenti che nel riproporre gli

⁽²²⁾ « Battuto in breccia il formalismo arcaico da un'opera secolare di corrosione, il negozio giuridico si va in un certo modo ed entro certi limiti, per così dire, spiritualizzando: l'elemento interiore è ormai in primo piano, anche se non pochi residui del passato talvolta gli si sovrappongono e lo comprimano ». F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 211.

⁽²³⁾ È questa l'ispirazione fondamentale che anima il percorso sin troppo lineare del CALASSO, sviluppato coerentemente a partire da *La convenientia. Contributo alla storia del contratto in Italia durante l'alto Medioevo*, Bologna 1932, sino al *Negozio giuridico*, Milano, 1959, cit. Basti riportare, da quest'ultimo testo, le prime battute delle *Premesse*, che fanno riferimento al precedente *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico* (Milano, 1957): « Nel chiudere la mia ricerca intorno alla teoria della sovranità nel pensiero dei Glossatori, mi parve d'intravedere un parallelismo di svolgimenti tra il potere dell'ordinamento e l'autonomia del privato. Non mancai anzi di confessare che era stata questa intuizione il punto di partenza della mia ricerca: la quale, mossa originariamente proprio dal terreno dell'autonomia privata, chiuso secondo la tradizione scolastica nell'orbita strettamente privatistica, era stata poi lentamente e irresistibilmente sospinta verso la sfera pubblicistica, nella quale muove, opera, evolve l'ordinamento giuridico, all'interno del quale l'autonomia del privato in definitiva si attua. ». Una posizione di principio in cui domina la concezione dell'ordinamento come termine necessario di legittimazione dell'autonomia del privato, resa come uno schema irrefutabile per la comprensione di tutte le esperienze giuridiche storicamente determinate.

schemi delle esperienze precedenti, poiché solo un radicale mutamento teorico poteva sconvolgere la tipicità antica. In questo caso l'edificio medievale viene osservato nel suo complesso, ma nei *vestimenta* non si scorge null'altro che la semplice ricognizione dei tipi romani, una forma vuota di un reale significato, poiché non al diritto comune, ma ad altre esperienze, tocca storicamente il compito di rifondare il sistema dei contratti su quel principio consensualista che, al di là delle proprie inadeguatezze, rappresenta comunque il cardine del nuovo ⁽²⁴⁾. La conseguenza immediata è nel considerare il medioevo giuridico ancora come luogo di metamorfismi, la cui importanza rispetto allo sviluppo complessivo della esperienza giuridica si misura nei termini della maggiore o minore emersione dell'elemento consensuale.

Il difetto maggiore della prospettiva continuista è, sotto questo profilo, quello di voler interrogare l'ordine edificato dai giuristi di diritto comune sulla materia contrattuale ricercandone primariamente i significati impliciti, piuttosto che analizzarne la struttura. Un'analisi su questa costruzione sapienziale dei glossatori deve pertanto, prima di verificare se essa sia stata pensata come antagonista della tipicità contrattuale romana, occuparsi di un'altra questione: accertare se e come quest'opera sia stata sufficiente ad edificare dei criteri esaustivi per la riconoscibilità delle fattispecie negoziali, ammettendo che questi possano anche essere diversi da quelli sovrani nel moderno del diritto. Solo abbandonando questo preconcetto possiamo considerare l'architettura medievale come un'opera unitaria, centrata sia sul *pactum* sia sul *vestmentum*, piuttosto che vedere nell'uno o nell'altro di questi concetti il motore di un cambiamento supposto o la ragione di una stasi presunta.

⁽²⁴⁾ « In verità, un radicale rinnovamento e una nuova impostazione concettuale della teoria dei contratti si ebbero in Europa solo a cominciare dal secolo XVII per opera della scuola del diritto naturale: la quale soltanto, non più legata ai principi teorici tradizionali e agli ordinamenti positivi storici, nel suo razionalismo antistorico, poté enunciare l'astratto principio « solus consensus obligat », o « solus consensus inducit obligationem », come principio dommatico di diritto naturale, e formulare quindi un nuovo sistema contrattuale fondato sulla concezione unitaria e atipica del contratto come convenzione ». G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di storia del diritto*, I, 1957, p. 40.

6. La presente indagine si occuperà pertanto di verificare i presupposti impliciti dello schema consensualista sul terreno delle fonti medievali, analizzando il ruolo che la nozione di *pactum* assume nelle dottrine dei glossatori. Si potrà così agevolmente notare una fondamentale discrasia tra la rilevanza del consenso come termine astratto di legittimazione della disposizione di diritti e la sua incapacità a tracciare il regime della sanzione degli obblighi risultanti. Il *pactum* si presenta così come un concetto preguo di simboli e vuoto di veri significati; immagine dell'*aequitas*, ma non della costruzione giuridica.

Questa viene edificata dai primi maestri del diritto comune attraverso una rete di concetti che non si presentano come deduzioni tratte dal consenso inteso come principio, ma come distinzioni organizzate attorno a una nozione cardine che le legittima senza definirle. Il *pactum* costituisce, sin dai nebulosi primordi dell'età della Glossa, non la *causa*, ma l'*occasione* delle definizioni giuridiche in materia contrattuale.

Concetto assorbente, esso permea di sé ogni profilo della ricostruzione del fenomeno contrattuale; concetto indeterminabile, esso non può condurre alla definizione delle strutture di regolamento di interessi privati, operazione che viene condotta su altri terreni. È così che il *pactum* dei glossatori costituisce un concetto generale, ma non una categoria all'interno della quale ricondurre lo specifico delle singole manifestazioni concrete. Volendo tradurre il problema nel lessico onnicomprensivo del giurista odierno, possiamo affermare che il *pactum* non rileva nella costruzione giuridica dei glossatori come concetto reminiscente della moderna nozione di « negozio giuridico bilaterale ».

La nozione di *pactum*, difatti, viene definita anteriormente ad ogni problema concernente la sua struttura, un atteggiamento che caratterizza tutti gli apparati del diritto comune classico. Al di là di sparsi tentativi senza seguito, il concetto di *pactum* non costituirà mai la sede per una sintesi superiore delle varie strutture contrattuali descritte dal diritto romano. Allo stesso modo, questa nozione non viene vista dai giuristi del diritto comune come oggetto di una valutazione unitaria di compatibilità con l'ordinamento.

Una caratteristica che si palesa appieno, seguendo ancora una volta la tecnica propria delle istanze consensualiste, analizzando la

ricostruzione dei glossatori sul piano delle invalidità che possono affliggere l'accordo. Questa parte dell'indagine mostrerà come i primi maestri del diritto comune studino le patologie che possono presentarsi a carico delle specifiche tipologie contrattuali, per poi riportarle, più che dedurle, ad una nozione di *pactum*.

Un'organizzazione dei significati giuridici che è immediata conseguenza di due fattori distinti quanto inscindibilmente coesi nell'unità di metodi e di valori di questa esperienza giuridica. Il primo fattore è dato dallo specifico *agere* scientifico dei glossatori, interpreti di un testo antico e autorevole, dal quale trarre non solo gli elementi per la costruzione giuridica, ma le regole stesse della loro percettibilità e del loro reciproco combinarsi. Tale condizione delle fonti inibisce di per sé l'interprete medievale dall'assumere arbitrariamente dei principi, dei concetti guida che assommino in sé una minima unità di significato, da specificarsi volta per volta in nozioni concrete.

Un atteggiamento interpretativo che non è mai metodologia fine a sé stessa, ma immagine della concezione dell'ordinamento propria dei primi maestri del diritto comune, ai quali è sommamente alieno ricostruire la validità di un atto nei termini di una relazione di legalità meramente formale. In ciò si sostanzia il secondo elemento proprio della ricostruzione giuridica del fenomeno contrattuale presso i glossatori: l'idea di una relatività della legittimazione dell'atto privato. Il moderno del diritto procede da una visione necessariamente totalizzante della riconoscibilità della norma privata da parte della norma superiore. Ammettendo che ogni manifestazione di volontà sia legittima e per ciò stesso efficace fin tanto che essa non collida con il disposto della legge, l'esperienza giuridica moderna riunisce in una sola valutazione le questioni concernenti l'esistenza, la validità e l'efficacia del contratto ⁽²⁵⁾.

Un'operazione impossibile per i glossatori che, dovendo recuperare dalla sparsa moltitudine di precetti dello *ius antiquum* la viva

⁽²⁵⁾ Basti pensare alla distinzione tra nullità e annullabilità del contratto, due ipotesi che dovrebbero ricollegarsi a distinte ontologie del vizio che colpisce la manifestazione di volontà e che, al contrario, si risolvono in due gradi quantitativamente diversi dello stesso fenomeno: il contrasto tra il regolamento dei privati e l'interesse — privato come pubblico — fatto proprio dalla norma superiore.

voce del loro diritto, ricostruiscono ciascuno di questi tre aspetti su una relazione specifica.

7. La costruzione dei *vestimenta pactorum* è lo strumento isolato per comprendere il profilo dell'esistenza del regolamento contrattuale, mediante la classificazione delle modalità di conclusione delle diverse ipotesi di accordo, cui si riconnette strettamente la questione relativa all'efficacia. Essa non fu né la prima, né l'unica via seguita dai glossatori.

I primi apparati, difatti, propongono altri criteri di distinzione tra le fattispecie contrattuali consegnate dalle fonti romane, fra i quali spicca quello del *nomen contractus*, frutto della forte influenza esercitata dalla categoria romana dei contratti *innominati*. Un carattere che è in grado di partecipare la fondamentale differenza tra quelle fattispecie la cui efficacia è conseguenza immediata della dichiarazione e altre, in cui le parti risultano effettivamente obbligate in virtù di un fatto successivo alla formazione dell'accordo. Esso non può tuttavia descrivere su una base unitaria la specificità delle singole forme contrattuali, considerate all'interno di ciascuna di queste due categorie. La razionalizzazione dei *vestimenta* nasce per risolvere questo problema, per condurre ad un'analisi più puntuale dei singoli modelli e spiegarne le differenze su un'unica linea argomentativa.

Frutto dei più maturi glossatori, non fu tuttavia né facile né definitiva conquista. Dalle prime, incomplete, intuizioni sino al perfezionamento della dottrina si snoda un percorso accidentato, fatto di linee che godranno di lunga fortuna nel tempo, come pure di tentativi che morranno sul nascere. Una costruzione che raggiunge lentamente e faticosamente una sua ortogonia soprattutto nell'opera di Azone e nella *Glossa Magna*, oggetto immediato di critiche da parte dei giuristi successivi.

I *vestimenta* non rappresentano difatti né la soluzione esaustiva del problema concernente la struttura e gli effetti del contratto, né quella definitiva. Considerata sincreticamente, all'interno della complessiva esperienza sapienziale dei glossatori, essa si presenta come una dottrina in grado di razionalizzare soltanto un aspetto del fenomeno contrattuale, precisamente quello relativo alla sua fattispecie strutturale. I glossatori misureranno difatti su di un altro

piano il profilo funzionale del contratto, in particolare attraverso la compiuta misurazione del grado di responsabilità per l'inadempimento delle singole obbligazioni derivanti a ciascuna parte dal negozio compiuto.

Lo strumento per tale quantificazione è dato dalla profonda ridefinizione cui i glossatori sottopongono la nozione romana di *id quod interest*. Un'operazione nel cui riflesso possiamo scorgere il significato dottrinale dell'elaborazione della teoria dei *vestimenta*. Vedremo difatti come esista una netta corrispondenza tra l'invalersi di questa razionalizzazione dei momenti strutturali del negozio e lo sviluppo di un coerente apparato di distinzioni sistematiche sull'*interesse*. Gli apparati che centrano la propria classificazione delle forme contrattuali sul criterio del *nomen contractus*, aprendosi quindi ad una nuova fenomenologia dei tipi romani, non già ad un sistema, presentano una riflessione sull'*id quod interest* fatta anch'essa di sparse differenziazioni, volte ad individuare singole classi di illecito, fuori da ogni coerenza sistematica. Soltanto presso gli autori protagonisti della più matura concettualizzazione dei momenti strutturali del contratto è dato trovare una concezione organica dell'*interesse*, ottenuta attraverso la posizione di nuovi criteri di comprensione, che conduce alla descrizione del grado di *certitudo* dei singoli regolamenti contrattuali.

Una corrispondenza che non è mero episodio, semplice coincidenza. L'elaborazione dei *vestimenta* individua nettamente il proprio oggetto nell'assetto strutturale dell'atto privato, imponendo all'interprete di isolare con pari esattezza il profilo concernente la sua funzione, ossia la congruenza tra la fattispecie dell'accordo e i suoi effetti. La costruzione dei *vestimenta* consente quindi la pensabilità su basi sistematiche dell'*id quod interest* e della sua ulteriore razionalizzazione, la *certitudo*. Due profili che i glossatori isolano come aspetti analitici della medesima, unitaria, realtà; strumenti di pari importanza nella descrizione delle singole fattispecie in un tipo.

8. La sistematica delle forme contrattuali sull'architettura strutturale dei *vestimenta* e sulla razionalizzazione funzionale della *certitudo* rappresenterà un oggetto irrefutabile per le dottrine successive. Se consideriamo la sistematica dei *vestimenta* nella diacronia dell'esperienza giuridica basso-medievale, abbiamo netta l'immagine

di una costruzione concettuale aspramente criticata, ma mai ricusata né radicalmente superabile.

I rilievi alla dottrina dei *vestimenta* provengono, con forti affinità reciproche, sia dagli ultimi eponimi della metodologia dei glossatori, sia dai giuristi portatori di un nuovo approccio esegetico rispetto alle fonti romane. Le dottrine maturate *ultra montes*, in particolare, aprono grosse breccie nell'impianto sistematico dei glossatori. Si pone in dubbio l'omogeneità della rappresentazione dei momenti strutturali di qualificazione; viene sovvertito il quadro delle regole di legittimazione dell'atto privato; si cerca di descrivere la specificità delle singole fattispecie esclusivamente sul profilo funzionale, privando l'*id quod interest* di ogni valenza definitoria.

Il tentativo di giuristi come Jacques de Révigny, Pierre de Belleperche e, in Italia, Cino da Pistoia, consiste appunto nel riunire i due piani che la teorizzazione dei giuristi precedenti teneva distinti. Il loro fine è nel cercare una rappresentazione del fenomeno contrattuale nella sua unità specifica, dando conto su di un unico criterio sia delle specificità strutturali che dell'assetto funzionale delle singole tipologie.

Essi, tuttavia, non riusciranno mai a liberarsi dall'impostazione del problema per come viene consegnato loro dalle dottrine dei glossatori, né dal loro lessico giuridico. Gli *Ultramontani* non negano l'esistenza dei *vestimenta*, ma affermano che, a fronte dei sei isolati da Azone, ad un solo momento di qualificazione può essere riservato tale titolo. Allo stesso modo essi non distruggono la complessa trama argomentativa degli *antiqui doctores* sull'*id quod interest*, ma la riducono, attraverso una serrata interpretazione critica, alle sue minime prospezioni possibili: *unum est interesse*, così come *unum est vestimentum*.

In questi termini, le dottrine ultramontane mostrano il carattere di cesura epocale proprio dei *vestimenta*: un criterio di comprensione il cui invalersi conduce l'intera questione circa la struttura e gli effetti del contratto ad un grado di problematizzazione prima sconosciuto e, dopo, imprescindibile. Una costruzione il cui peso ebbe necessariamente a condizionare anche giuristi provvidi di ben altri strumenti, la cui lettura risulta fortemente critica delle dottrine precedenti eppure mai pienamente eversiva di quel sistema.

È così che l'*opinio Ultramontanorum* si inserisce nel fluire del

diritto comune classico come una transizione incompiuta. Gli esponenti del maturo Commento non prenderanno come punto d'avvio delle proprie riflessioni la costruzione sapienziale dei giuristi d'oltralpe, pur condividendone molte critiche ispiratrici. Giuristi come Bartolo da Sassoferrato, il suo maestro Butrigario e il suo allievo Baldo degli Ubaldi procederanno sempre dall'esame comparato delle tesi della *Glossa Magna* e di quelle dei *doctores Ultramontani*, consapevoli che la tensione di questi verso una *reductio ad unum* delle distinzioni dei loro predecessori provochi la perdita di consapevolezza di molti processi definitivi.

Non è un ritorno al passato, tuttavia, quello che caratterizza i più alti esponenti del trecento. Nei loro apparati si avverte il senso di una costruzione, quella centrata sui *vestimenta* e sulla *certitudo*, che la critica ultramontana ha condotto alle sue estreme conseguenze, una dottrina che ha raggiunto finalmente il suo punto critico e che può quindi essere superata. L'esaurimento della metodologia dei glossatori, comunque partecipata dagli *Ultramontani*, che non riuscirono mai a porre una veramente alternativa, conduce alla ricerca di altre soluzioni.

Si apre così una nuova opera, nella quale sia i *vestimenta* che l'*id quod interest* vengono sottoposti ad una fondamentale ridefinizione, che porta ad individuare non più le caratteristiche specifiche delle singole ipotesi contrattuali considerate nella loro unitarietà intrinseca, ma a distinguere al loro interno gli elementi che conducono all'azionabilità della fattispecie.

L'ispirazione comune tanto ai glossatori quanto ai giuristi francesi consistette nell'edificazione su basi autonome del tipo contrattuale, come mezzo per scardinare la sistematica romana e dare ingresso a nuovi spazi di legittimazione per l'atto privato. Il Commento ha altre risposte e precisamente quella centrata sulla scomposizione del tessuto contrattuale in una serie di momenti di qualificazione più specifici, attraverso la quale leggere nel profondo del tessuto negoziale e superare la scissione tra profilo strutturale e profilo funzionale che caratterizza comunque le dottrine del duecento.

Una costruzione da vagliare attentamente, sottolineandone le continuità con l'esperienza della prima fase del diritto comune classico, ma in modo da non perderne l'autentica originalità. Leg-

gendo gli apparati di Bartolo o di Baldo alla sola luce offerta dalle dottrine precedenti, l'interprete potrebbe fermarsi dinanzi all'apparente nascita di nuovi *vestimenta*, così come pagarsi di una maggiore articolazione del concetto di *id quod interest*. Così facendo, tuttavia, egli non scorgerebbe altro che la superficie di una nuova epoca di *ius commune*, perdendo il senso della maggiore teorizzazione che i Commentatori apportano alla problematica dei contratti.

Un'altra storia, dunque, fondata su altre premesse e destinata ad altri esiti, da indagare con strumenti ad essa consoni, che costituirà oggetto di un'ulteriore indagine ⁽²⁶⁾.

Tocca ora al lettore giudicare del merito di questo percorso. Il residuo obbligo dell'autore — certo il più piacevole — è quello di ringraziare coloro che più sono stati di guida e di sprone per la redazione del lavoro. Il mio maestro Paolo Grossi, innanzitutto, che mi ha indirizzato verso questo tema e sempre sostenuto, soprattutto nei momenti per me più difficili. Giovanni Cazzetta, cui sono debitore di molti consigli e di molto incoraggiamento, cose che non ha mai dato avaramente, né io parcamente ricevuto. Debbo altresì gratitudine a Paolo Cappellini per i tanti suggerimenti e a Bernardo Sordi per le molte esortazioni.

⁽²⁶⁾ Ed è altra cosa rispetto all'oggetto della presente indagine, la storia della rilevanza dei patti nel diritto canonico, tema tradizionalmente trattato congiuntamente alla riflessione sul punto dei glossatori e commentatori civilisti. Quella storia prescinde dalle categorie che saranno qui esaminate, per concentrarsi su altre problematiche. Il suo sviluppo correrà parallelo a quello dell'*interpretatio* sullo *ius romanum*; i suoi esiti vengono episodicamente richiamati da taluni fra i Commentatori, come Baldo, ma lungi dall'ipotesi di una sintesi. La riflessione canonistica sui *pacta*, difatti, non è tanto studio immediato del problema contrattuale, ma derivazione dell'evolversi dottrinale di argomenti maggiormente propri di quell'ordinamento, valga per tutti la *simplicitas canonica*. Cfr. al proposito P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa nel diritto canonico classico*, Milano, 1964.

CAPITOLO I

IL SISTEMA DEI MODELLI STRUTTURALI DI CONTRATTO NELLE DOTTRINE DEI GLOSSATORI

1. *Aequitas e ius*. La centralità sistemática del *pactum*. — 1.1. Il *pactum* come momento ordinante della iustiniana *confusio*. — 1.2. Il *pactum* come concetto sottratto all'opera di definizione del giurista. — 1.3. La percezione atecnica della nozione di *pactum*. — 2. Il *pactum* come concetto giuridico. — 2.1. Inesistenza di un'analisi strutturale del consenso. — 2.2. *Pactum* e promessa unilaterale. Indifferenza dei glossatori verso una concezione procedimentale della formazione del consenso. — 3. Il patto come schema generale dell'atto di disposizione. — 3.1. *I pacta tacita*. — 3.2. Identità tra *pactum* e atto di disposizione di diritti. — 3.3. Una prima dimostrazione: l'inutilità sistemática della nozione romana di *conventio*. — 4. Il *pactum* come modello di comprensione del fatto giuridico bilaterale e obbligatorio.

1. *Aequitas e ius*. La centralità sistemática del *pactum*.

1.1. *Il pactum come momento ordinante della iustiniana confusio*.

Un imprescindibile dato di partenza deve essere sottolineato nell'analizzare la struttura del concetto di *pactum*, il primo punto di nostro interesse: l'esigenza primaria dei giuristi medievali consistette nel dare un nuovo ordine alle fattispecie contrattuali romane.

Il testo giustiniano, circostanza condivisa — sia pure a vari fini — da tutte le posizioni che dividono il campo della tradizione storiografica, forniva all'opera del giurista un materiale assai farraginoso. Sono sufficienti pochi cenni per rendere evidente la complessità dell'insieme di figure contrattuali che il *Corpus Iuris* palesava ai giuristi medievali, caricandoli di molteplici difficoltà. Al di sotto dell'ortogonica partizione delle *obligationes* la compilazione presenta all'interprete un raggrumarsi di forme contrattuali diversissime

per età e disciplina. Si pensi alla più antica nascita dei contratti reali, costretti nella loro disciplina dalla nettezza del momento genetico e la si confronti con la generalità della *stipulatio*, ulteriormente magnificata nelle sue vicende postclassiche ⁽¹⁾. Due modelli molto diversi nella latitudine di potenzialità normativa degli interessi delle parti, minima nelle figure atte a produrre l'unico effetto del "*tantumdem restituere*", massima nell'obbligarsi *per formulam sponsionis*, e tuttavia consegnati dal diritto romano alla comune area dello *ius strictum*.

Frammezzi a questi due estremi stanno i contratti consensuali del diritto pretorio, svincolati nel loro momento genetico dal fattore della *datio* come da altri elementi formali; soggetti nella disciplina ad una rigida valutazione tipica, concernente l'intima struttura del negozio; sottoposti pienamente — quanto alla valutazione degli effetti — all'impero della *fides bona*, che determina l'appartenenza di queste figure alla classe opposta a quella prima considerata.

La complessità della stratificazione di moduli contrattuali ospitata nella compilazione non si ferma certo qui: ad ingrandirne le proporzioni pensano le quattro fattispecie *innominatae*, indicate nell'immediatezza del vincolo sinallagmatico ed eccentriche, per più riguardi, rispetto alle discipline descritte per i contratti nominati ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Le tarde sorti del contratto verbale romano sono state valutate secondo prospettive assai diverse. Parte della storiografia, seguendo l'insegnamento di S. RICCOBONO (*Corso di diritto romano: Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935; *Stipulatio e instrumentum nel diritto giustiniano* in ZSS- R.A., 1922, p. 262-397) ascrive grande importanza alla riforma del tessuto classico della *stipulatio* indotta da una costituzione dell'imperatore Leone I, emanata nel 472 (C. 8, 37, 10), con la quale si proclama la validità ed efficacia di quelle stipulazioni che, pur non ottemperando alla rigida ritualità classica, pure « *quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint* ». Concordemente alle sue premesse, il CALASSO (*Il negozio giuridico* cit., p. 171 ss.) vede in questo fenomeno l'inizio di un complesso processo storico che porterà al sorgere della rilevanza del consenso. L'ASTUTI (*I contratti obbl.*, cit., p. 137 ss.) al contrario, vi percepisce la fine del negozio romano, sostituito da nuovi contratti parimenti formali e più specifici.

⁽²⁾ Il problema fornito al giurista medievale dai contratti privi di una denominazione specifica è ben messo in luce da J.P. BAUD, *Contrats nommés et contrats innommés en droit savant*, in *Studia Gratiana*, XIX, 1976, pp. 31-57, che sottolinea come la nozione di contratto innominato rappresenti una sfida « a la méthode sémantique des Glossateurs, contraints à chercher la science derrière le mot » (p. 34). Un problema diverso, ma

Si pensi, infine, alle varie trasfigurazioni che i giustinianei impongono al tessuto di talune figure, pur appartenenti alla classicità dell'esperienza giuridica romana ⁽³⁾.

La "iustiniana confusio" ⁽⁴⁾ verrà composta in un nuovo ordine dai glossatori, seppure attraverso un percorso a tratti erratico ed incongruente, disperso nella coralità delle voci, ma non per questo privo di una coerenza sistematica ⁽⁵⁾. Due momenti di forte conti-

non meno pressante, quello offerto dal termine « contratto innominato » al giurista odierno. Sul punto, si veda F. MESSINEO, *Contratto innominato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 99-101.

⁽³⁾ L'esempio tipico nel contratto di donazione, che Giustiniano provvede della *necessitas traditionis*, in ciò innovandone la struttura classica: « Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori » *Institutiones Iustiniani, de donationibus § adeo autem*. Come vedremo, l'efficacia obbligatoria della donazione costituirà per i glossatori un problema fecondo di preziose costruzioni dogmatiche.

⁽⁴⁾ Efficacissima espressione di F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 217, che rende perfettamente la caratteristica di alluvionale farragine che contraddistingue la compilazione giustiniana agli occhi dei glossatori, il cui scopo sarebbe consistito nello sceverare da tale massa « le idee madri del sistema... attraverso una cernita e classificazione di testi, che è fatta una volta per tutte, restando a base di tutta l'elaborazione successiva, che moverà fedelmente da essa. ». Cfr. anche A. SÖLLNER, *Die causa in Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, in ZSS- R.A., 1960, p. 216.

⁽⁵⁾ Una caratteristica, quella della sistematicità, che tradizionalmente si esclude, in conformità ad un assunto che è quasi il frutto indesiderato di un desiderio legittimo dell'interprete odierno: quello di non imporre alle fonti un linguaggio, oggettivo nella sua tecnicità, che è conquista centrale del moderno modo di intendere e studiare il diritto. Un vero « manifesto antidogmatico » si trova in F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 19: « Con lo stesso processo di astrazione, il giurista si configura questa realtà come un'unità logica (il « sistema »), dove i singoli elementi che la compongono (gli « istituti ») e i principii che ne regolano la vita soggiacciono alla stessa ipotesi d'immobilità, a cui è soggiaciuto il tutto. ». Astrattamente lecito, questo modo di procedere porta spesso a conseguenze perverse e la peggiore consiste nel dimenticare che i giuristi medievali, operando sulle dottrine romane sui contratti, foggiano a poco a poco il proprio linguaggio, la propria oggettività tecnica. Questa emergerà certo in modo lento, discontinuo, frammentato attraverso l'interpretazione delle *regulae* contenute nel *Corpus Iuris*, ma non di meno le si potrà riconoscere la natura di un sistema, nel momento in cui se ne riconosca l'intima coerenza. Il rischio insito nelle affermazioni del Calasso consiste nel vedere l'unico sistema possibile di significati giuridici in quello assicurato dagli

nuità emergono, tuttavia, dalla variegatura degli apparati argomentativi. Il primo è costituito da quella tradizione testuale — già inverata fin dalle prime testimonianze dell'età della Glossa — che pone nei titoli *de pactis*, contenuti tanto nel *Codex* quanto nei *Digesta* ⁽⁶⁾, la sede specifica per la trattazione generale dei vari tipi contrattuali ⁽⁷⁾. I glossatori riporteranno sulla nozione di *pactum* la totalità del sistema contrattuale consegnato loro dal testo romano, organizzando attorno a questo termine una rete sempre più complessa di concetti. Un'operazione compiuta attraverso numerose *distinctiones*, di cui quella tra *pacta nuda* e *cum vestimento* rappresenta certo la più importante ai nostri fini, ma non l'unica ⁽⁸⁾.

ordinamenti positivi odierni, « dogmatici » per definizione, poiché fatti per recidere ogni vincolo con il loro passato. Assumendo questa realtà come esempio di « sistema », si cade in quel pericolo cui, secondo lo stesso autore, più facilmente si espone l'interprete odierno della storia giuridica passata: « ch'egli sia portato a scambiare quelli che sono strumenti della sua logica con realtà vere e proprie, cadendo nella illusione di poter fermare una volta per tutte i risultati raggiunti in quel processo d'astrazione. ».

⁽⁶⁾ C. 2, 3; D. 2, 14. Varia messe d'altri titoli si occupano di particolari specie di *pacta*. Un esempio fra tutti il *de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis* (C. 5, 14).

⁽⁷⁾ « Che è il terreno, come prevenimmo, del processo, sul quale si sarebbe composto in definitiva e pacificato l'eventuale dissidio tra i soggetti di una semplice *conventio...* » CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit. Va precisato che il titolo *de pactis*, pur incastrato dalla compilazione giustiniana tra il titolo *de edendo* e il titolo *de transactionibus*, non si occupa di processo nel senso vero del termine, ma di quei mezzi che, elidendo l'azione avversaria, connotano gli elementi della fattispecie da cui questa sorge. La tesi del CALASSO sarebbe vera se il diritto medievale conoscesse un diritto indeterminato d'azione, meramente strumentale rispetto alla specificità della singola pretesa, compiuta sul piano sostanziale, il che — è appena il caso di dirlo — non è. È così che i due profili dati dalla descrizione sostanziale della struttura obbligatoria di un contratto e dalla sanzionabilità in giudizio delle pretese da esso derivanti sono necessariamente legati nella prospettiva dell'*actio* tipica.

⁽⁸⁾ La tecnica della divisione bimestre dei concetti, cifra intrinsecamente propria della cultura giuridica medievale, viene partecipata dal più ampio agire filosofico del medioevo, per come è dimostrato esaurientemente da G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, 1971. Notevole la circostanza che la *divisio* della dialettica si specifichi sul terreno dell'analisi giuridica con il termine *distinctio*, a segnarne l'appropriazione come procedimento tecnico. Su questo punto si veda da ultimo A. ERRERA, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna 1995, p. 23 ss. B. PARADISI (*Osservazioni sull'uso del metodo dialettico nei glossatori del sec. XII*, ora in *Studi sul Medioevo giuridico*, Roma, 1987) evidenzia

1.2. *Il pactum come concetto sottratto all'opera di definizione del giurista.*

Il giurista medievale, tuttavia, non si occuperà mai di analizzare la nozione assunta a cardine del congegno argomentativo, di scandirla nei suoi elementi, di tentare di andare oltre il rigido e scarno *dictum* romano. Posto al vertice della classificazione, il concetto di *pactum* appare difatti indifferente alla riflessione dei giuristi. La definizione che i Glossatori danno del *pactum* non sarà in nulla dissimile da quella posta nel Digesto ⁽⁹⁾ e rimarrà sempre eguale a sé

come nell'uso della *distinctio* possa rappresentarsi l'evoluzione dei metodi propri dei glossatori bolognesi, dal parco impiego che caratterizza le testimonianze irmeriane al sempre maggiore utilizzo dei giuristi successivi. Sulla derivazione della tecnica della *distinctio* dal medesimo contesto espositivo delle fonti romane, si confronti, oltre al già citato PARADISI, anche il sempre classico BRUGI, B., *Il metodo dei glossatori bolognesi*, in *Studi Riccobono* I, Palermo, 1936, specialmente pp. 29-30.

⁽⁹⁾ « Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est. et est pactio duorum pluriumve in idem placitus consensus » (D. 2, 14, 1, L. *Huius edicti, ff. de pactis*). Una definizione che sembra attrarre (oltre a rilievi di carattere etimologico che toccheremo superficialmente *ultra*) esclusivamente questioni concernenti il significato del lemma « *placitus* » e il senso della sua coniugazione con il termine « *consensus* », che il giurista medievale vede pienamente equivalente al primo. Le diverse spiegazioni a tale iterazione semantica contribuiscono a mostrarci l'evoluzione dei metodi e il sempre maggiore ricorso agli strumenti propri di altre arti liberali. La *Summa Berolinensis* (ed. L. LOSCHIAVO, *Summa Codicis Berolinensis. Studio ed edizione di una composizione 'a mosaico'*, Frankfurt am Main, 1996 – Ius Commune, Sonderhefte, 89) aggiunge, nella sua struttura « a mosaico », alla definizione del Digesto un rudimentale chiarimento letterale, che ci comunica forse più la voce della strada che quella del *convivium*: « Est autem pactum duorum, vel plurium in idem placitum et consensus, quasi placidus consensus ». Gli apparati successivi sono combattuti fra il tentativo di ricavare un significato specifico del termine e la considerazione dell'espressione come figura retorica. Si segnala sotto questo profilo il contributo di UGOLINO DE' PRESBITERI, che riporta alla locuzione di « *placitus* » il valore dell'irrevocabilità del consenso, pur ammettendo che l'espressione complessiva possa essere considerata solo un'endiadi. In questo senso è la glossa « *placitum consensus* », siglata, contenuta nel Ms. Paris, Bibliothèque Nationale 4461, fol. 24 rb: « et potest dici quod est inculcatio verborum vel diadis, infra quod metus causa si mulier § penultimum, nam placitum non coactus consensus sed hoc intellige de eo pacto quod non rescindi potest sed illum rescindi potest. ». La stessa ricostruzione si trova in una glossa del Ms. Paris, Bibliothèque Nationale 4463, fol. 25 va, siglata, che contiene il riferimento alla stabilità dell'accordo (« *Placitum. ar. infra quod metus l. si mulier § pe ...hic de stabili pacto quod non rescinditur* ») precedente ad una, non siglata, che, sulla base del medesimo rinvio normativo, propende per la tesi della

stessa anche nelle opere più tarde, nel che si rappresenta il secondo, e più importante, momento di continuità.

« *Pactum vero est consensus duorum vel plurium in idem* »⁽¹⁰⁾: il giurista di diritto comune non andrà mai oltre questa espressione, cercando di foggiarne una propria. Un dato estremamente significativo, da cui derivano numerose conseguenze sia per quanto riguarda la percezione che i glossatori ebbero della sua struttura, sia per ciò che concerne il ruolo sistematico che ad esso affidarono.

Tale continuità definitoria è ben lungi dall'essere casuale o fine a sé stessa: in essa si rappresenta perfettamente la complessità del diritto medievale⁽¹¹⁾. Una realtà indotta fin dalle prime testimonianze dell'età della glossa:

« *Equitas seu ratio qua pacta servantur tum iudicium proprium est, cui resistendum non est: hoc enim varii et incostantis hominis est, quia quod semel nobis placuit, id postea displicere non debet* »⁽¹²⁾.

semplice reiterazione lessicale (« *Consensus. id est placitus consensus et sic est infra quod metus causa si mulier. § penultimum vel est inculcatio verborum* »). Ad un significato di « placitus » nella categoria della irrevocabilità del consenso, si giustappone un'accezione che si centra sul dato dell'assenza di coazione. Si cfr. la glossa « *placitum consensus* » del Ms. Paris, Bibliothèque Nationale 4459, fol. 19 vb, siglata da AZONE: « *quod dicit spontaneus scilicet spontaneus potest dici pactum ut infra quod metus causa si mulier § si metu.* ». La GLOSSA MAGNA (citata sempre nell'edizione Venezia 1581) riceverà quest'ultimo insegnamento, sottolineando comunque la sostanza di figura retorica della locuzione: « *Placitum et consensus. Idest placitus consensus quasi dicat spontaneus sed et non spontaneus potest dici pactum...et est hic quaedam figura quae vocatur endiadis sicut alibi. Arma virumque cano, idest, armatum virum.* ».

⁽¹⁰⁾ SUMMA TRECENSIS, ed. Fitting, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894 (r.a. Frankfurt am Main 1977) II, 3, *de pactis*, 2. Rimane datata ai folclorici albori del moderno studio storico del diritto l'attribuzione di quest'opera a Irnerio da parte del medesimo Fitting. Varie voci si sono levate a proporre ipotesi sulla datazione e la provenienza geografica di questo testo. Fra queste, si segnala per particolare intensità quella di A. GOURON, *L'auteur et la patrie de la Summa Trecensis*, in *Ius Commune*, XII, 1984, p. 1-38, che propende per ritenerla di origine provenzale, attribuibile a tal Geraudus, operante verso la metà del XII secolo. E. CORTESI, *Teoria generale e scienza del diritto (Storia)* in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, pp. 135-162, non ritiene di dover escluderne un'origine italiana.

⁽¹¹⁾ Cfr. SÖLLNER, *Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht...*, cit. p. 216.

⁽¹²⁾ SUMMA TRECENSIS, II, 3, *de pactis*, 3. Una formulazione analoga si può trovare nella *Pars altera V § 1* alle QUAESTIONES DE IURIS SUBTILITATIBUS, edite dal medesimo Fitting, Berlin, 1894 (r.a. Frankfurt am Main 1977): « *Pacti equitas hec est. quod mecum*

L'*aequitas* sorregge completamente l'esigenza di mantenere tutto ciò che costituisce il contenuto di un accordo, all'interno di una giustificazione di cui non si coglierebbe il valore se la confinassimo nel mondo della pura etica ⁽¹³⁾. Al contrario, l'*aequitas pacti* è forza che possiamo definire *immediatamente* giuridica: una *naturalis summa* che produce diritto anteriormente a ogni problema tecnico di efficacia e di tutela delle situazioni soggettive derivanti dall'accordo.

La *Summa Trecensis* inizia, per quest'aspetto, un percorso che subirà poche increspature. Il lessico più provveduto delle opere successive articolerà su più lati la definizione dell'*aequitas*, coinvolgendo aspetti ricavati direttamente dal tessuto del testo romano, ma senza modificarne la realtà:

« Fidei debemus ut adimpleamus quod proposuimus. Varii enim et incostantis hominis est sibi displicere hoc quod ab initio placuit, stelligionis est non agere quod iuste pepigerit. Veritati debemus, sicut diximus ita fore » ⁽¹⁴⁾.

Non troviamo spiegati argomenti diversi da quelli adoperati dalla *Summa Trecensis* ⁽¹⁵⁾: essi sono soltanto collocati su piani dissimili, ma non perfettamente distinguibili tra loro e rispetto all'immanente sostanza del principio cardine ⁽¹⁶⁾. Una realtà evi-

tibi convenit et placet, hoc tibi displicere non debet, ne proprio resistas iudicio, quod est hominis variis et incostantis. item quod dicis id ita fore veritati debitum est, quod promittis hoc adimplere fidei est. horum igitur omnium merito pacta servari equum est. ».

⁽¹³⁾ Essa rappresenta il vero limite di pensabilità della cultura giuridica medievale che, non conoscendo un legislatore positivo, non conosce parimenti la discrasia tra un mondo della giuridicità diffusa e un ambito di più stretta qualificazione giuridica. Si confronti CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 247.

⁽¹⁴⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, r.a. Torino 1962, p. 41.

⁽¹⁵⁾ La quale, del resto, così continua: « ...tum fides quae ab uno promittitur et ab altero speratur, hoc suadet, ut ea quae complacita sunt serventur, cum veritati hoc debemus ne fallamur, et hoc naturaliter in nobis inest ut verum dicamus. » SUMMA TRECENSIS, II, *de pactis*, cit.

⁽¹⁶⁾ « *Pactorum aequitas est naturalis summa* »: così la scultorea definizione della *Summa Codicis* di PIACENTINO. Proprio quest'opera ci fornisce un'indicazione chiara del ruolo intrinsecamente giuridico dell'*aequitas*, nel momento in cui segnala la necessità di

dente, se solo seguiamo il rincorrersi delle argomentazioni poste a sostegno dei singoli momenti in cui sembra rifrangersi la semplice evidenza in cui l'*aequitas* ci veniva posta dalla testimonianza più risalente (17). È appena il caso di farlo: basti notare che, mentre nella *Summa Trecensis* l'uomo mutevole e incostante lede direttamente l'*aequitas*, in Piacentino il suo atteggiamento colpisce una prospettiva diversa, la *fides*. Per il suo antecessore Rogerio, il bislacco personaggio avrebbe leso una cosa ancora diversa eppure riconducibile pienamente all'*aequitas*: l'*arbitrium* (18).

Questa disamina potrebbe agevolmente continuare e ci condurrebbe a scorgere un maggiore radicamento della razionalizzazione intorno all'*aequitas* su taluni dati forniti dal testo romano (19). Non avremo mai, tuttavia, una qualche evoluzione nella struttura degli apparati di esposizione, che ruotano intorno ad un pugno di concetti cui, di volta in volta, affidare lati diversi della natura immanente del *pactum* (20).

circoscrivere la potenza del principio ai soli patti che intervengono su oggetti leciti: « Quippe summe aequum est paciscentium pacta, licet non omnium, nec omnia debere conservari. Nihil enim tam congruum est humane fidei quam ea, licet non omnia, ea, quae inter homines placuerunt: non tamen quomodo libet, debere custodiri. » (p. 41, cit.). Il principio comanda di rispettare gli accordi; Piacentino sovrappone all'immediata giuridicità dell'*aequitas* considerazioni che, come vedremo, presuppongono una visione diversa e ulteriore del fenomeno, mediata dalla tecnica.

(17) Un'operazione che appartiene anche alla *Summa Codicis* di ROGERIO: « Que admonent nos ad observationem pacti? Nam tria sunt que inducunt et admonent nos, veluti fides, arbitrium, auctoritas. » (*de pactis* ed. G.B. PALMIERI, in *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi - Scripta anecdota glossatorum*, I, Bononiae, 1913).

(18) « Arbitrium admonet cui non est resistendum. Nam varii et incostantis hominis est proprio arbitrio resistere. Nam quod semel placuit, postea displicere non debuit. » In sintesi, ciò che per PIACENTINO lede la *fides*, concetto nella cui icasticità si comprende comunque il problema del generico rispetto dell'affidamento della controparte, in ROGERIO si offende direttamente il potere di decisione che il soggetto ha espresso nel disporsi ad un accordo con una data persona e provvisto di un determinato contenuto.

(19) L'*arbitrium* su cui ROGERIO fonda la propria costruzione trae spunto da un passo romano che sarà centrale per più aspetti nell'*interpretatio* dei glossatori: « Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus: ita renuntiare semel constitutae obligationi, adversario non consentiente, nemo potest ». *L. Sicut initio C. de actionibus et obligationibus*. (C. 4, 10, 5).

(20) Tanto per un esempio, la *fides* non è per ROGERIO, qualcosa di diverso che per

L'immutabilità della prospezione immanente del patto non permette al giurista di spingere più a fondo la propria indagine. Una volta accertato il fondamento sull'*aequitas* della morfologia pattizia, i giuristi non hanno più bisogno di reiterare i propri sforzi, che non condurrebbero a conclusioni diverse. La miglior prova ci viene offerta osservando la sorte cui andranno incontro gli argomenti intorno alla sostanza equitativa del *pactum* nei commenti dei giuristi posteriori. La trattazione di Azone, ripresa dalla Glossa accursiana, riporterà il riferimento all'*aequitas naturalis* all'interno della disamina delle diverse prospezioni della nozione di *ius naturae*, ma senza tentarne una definizione ⁽²¹⁾. Odofredo se ne libererà con parole sommamente evocative di una questione ormai non più urgente ⁽²²⁾.

Fatti, questi, in cui sarebbe avventato riconoscere un mutamento di valori, un improvviso disinteresse degli ultimi glossatori verso l'*aequitas*. Per un apparente paradosso, è proprio il grande

PIACENTINO: « Fides custodienda est in pactis, undes fides sic describitur: "fides est conventorum pactorum veritas et iustitia". Ex quibus duabus contingit ne confidentes in nos decipiantur. Unde sic etiam fides describitur: "fides est quod ab uno promittitur, ab altero speratur" ».

⁽²¹⁾ L'*aequitas pacti* viene letta così alla luce della *l. Ex hoc iuregentium, ff. de iustitia et iure*. Si veda la glossa « *naturalis* », siglata da AZONE, in Ms. Paris, Bibliothèque Nationale 4463: « id est a naturali ingenio hominum industria introducta ut supra de iustitia et iure l. ex hoc. sic ponitur institutiones de rerum divisione § singulorum. Proprie autem non significatur nisi equitas quae communis est omnia animantia ut supra de iustitia et iure l. prima § ius naturale. » (fol. 25 va). Cfr. anche Paris, Bibliothèque Nationale 4459, fol. 19 vb, parimenti contrassegnata da AZONE e Paris, Bibliothèque Nationale 4461, fol. 24 rb con sigla di UGOLINO: « iuregentium introducta ut supra de iustitia et iure l. ex hoc et exponitur in Institutiones de rerum divisione § singulorum. » La GLOSSA MAGNA (glossa « *huius edicti* » in *l. Huius edicti ff. de pactis*) recepisce l'insegnamento, traendone un'ulteriore conseguenza di cui verificheremo in prosieguo la rilevanza dogmatica: « Et quia est hic naturalis aequitas inducitur naturalis obligatio per pactum ut supra de fideiussoribus l. haeres a debitore § servo et l. fideiussor § fideiussor. ». Una conclusione che si trova comunque anche in una glossa azoniana in Paris BN 4459, fol. 19 vb.

⁽²²⁾ ODOFREDO, *ad l. Huius edicti, ff. de pactis*: « Et in principio huius legis ponuntur tria. Primo enim iurisconsultus commendat hoc edictum praetoris de summa et naturali equitate dicens huius edicti equitas naturalis est ut pacta inter homines facta serventur cum sit introducta naturali aequitate hominum, id est naturali hominum ingenio, quid enim magis congruit humanae fidei quam pacta servari: quasi dicat nihil ». (*Interpretatio in undecim primos pandectarum libros*, Lugduni, ex. Petrus Compater et Blasius Guido, 1550; r.a. Bologna, 1967.)

peso di questo aspetto ad allontanare gli autori più tardi da ogni ulteriore speculazione sul fondamento immanente del *pactum*, come da un punto già acquisito e ormai fuori discussione.

1.3. *La percezione atecnica della nozione di pactum.*

Questa via, difatti, è inidonea a condurre i glossatori verso una definizione di questa nozione in termini tecnici ⁽²³⁾. Il ruolo dell'*aequitas* non consiste nel descrivere il *pactum* nei suoi momenti di struttura, bensì nel determinarne il ruolo anteriormente a ogni problema di efficacia e di tutela. In questo senso, l'*aequitas* sottrae questa nozione all'attività di interpretazione del giurista.

Una realtà che, ancora una volta, ci viene indicata con nettezza dalla *Summa Trecensis*:

⁽²³⁾ Un tentativo di ridefinire il concetto in termini tali da poter ricomprendere la diversità strutturale delle figure contrattuali tipiche è presente nella *Summa Codicis* di ROGERIO, *de pactis*, cit., p. 62 n. 3: « ...sed quia possunt consentire in idem et non esset pactum, ut sedere vel ambulare, ideo subiunxit “in idem dandum seu faciendum”, et quia duo possunt consentire in idem dandum seu faciendum et non esset pactum, veluti si nos duo consentamus ut Ecclesie demus X, seu faciamus domum, vel alicui extraneo eo absente, et tamen non est pactum inter nos, ideo subiunxit “quod alter spe seu acceptione admittit”, “spe”, veluti in pactis que nulla re secuta consistere dicuntur, ut in emptionibus et ceteris similibus. “acceptione”, veluti in iis que consistere non dicuntur, nisi factum vel datio precedat. » Rogerio mescola in questo abbozzo di definizione, largamente senza seguito nelle opere successive, una pluralità di punti problematici, che vanno dall'ammissibilità di un patto a favore di terzo alla pari configurabilità nello schema pattizio sia delle fattispecie consensuali *nominatae* che di quelle reali *innominateae* dell'antico diritto. Una formulazione affine è presente nella *SUMMA BEROLINENSIS*, 2, 1, *de pactis*, n. 3, che sottolinea aspetti diversi, in particolare come la bilateralità del consenso non produca necessariamente la bilateralità dell'obbligazione risultante: « Licet enim consentiamus: non tamen pactum est, nisi complaceat ambobus idem dico dari quid fierive. Cum igitur ego tibi do vel facio, seu dari fierive promitto, tuque quod ipsum acceptione vel spe admittis, talis consensus pactum est. Una est enim anborum voluntas atque sententia, set non uno modo contingit ambos. In dando enim vel promittendo durior, in accipiendo melior intelligitur conditio. » Sull'antiorità temporale della *Summa Berolinensis* rispetto a quella di Rogerio cfr. LOSCHIAVO, *Summa Codicis Berolinensis*, cit., pp. 152-153, che evidenzia come la prima possa essere considerata « un mirabile esempio di quell'arte musiva tipica della produzione più antica », laddove la seconda, insieme alla *Summa Londiniensis*, rappresenta « il momento di passaggio da quel metodo vetusto al modello meno analitico e più sistematico caratteristico delle opere successive, di quelle azzoniane in particolare. ».

« ...spectatur enim tam ratio facti quam iuris. Factum quidem est, ut unus promittat et alter promittentis fidem sequatur...In iure vero hoc animadvertendum est, ut *pactum* admittatur et admissum servetur » (24).

La terminologia incerta dell'opera ci rivela d'un tratto ciò che i giuristi più avveduti presuppongono: la duplice rilevanza giuridica del *pactum*. L'accordo fra due soggetti su di una determinata prestazione rileva innanzitutto nella sua prospettiva eminentemente fattuale, la cui valenza è governata immediatamente dall'*aequitas*.

Possiamo quindi distinguere due ambiti di giuridicità nel *pactum*. Sotto un primo profilo il *pactum* si percepisce nella sua sostanza di fatto normativo, un concetto che si esaurisce nel libero accordarsi di due parti su di un determinato oggetto. Su questo piano il *pactum* è intrinsecamente vincolante per la sua stessa natura. Ad un momento successivo e con conseguenze diverse si riferisce la seconda dimensione giuridica del patto, sulla quale si colloca il problema della sua qualificazione da parte dell'ordinamento (25). Su questa, e

(24) SUMMA TRECENSIS, II, 3, *de pactis*, n. 5. È significativo, a questo proposito, come i glossatori, non potendo modificare la definizione romana di *pactum*, si siano piuttosto dedicati a piegarne l'etimologia per dimostrarne maggiormente la sostanza equitativa. Quasi tutti gli apparati riportano, fra gli argomenti che fondano l'*aequitas pacti*, le tesi sull'origine del nome, ingenerate dal « *pactum autem a pactione dicitur* » della *l. Huius edicti* del Digesto. Dagli sdrucchioli esametri di PIACENTINO (*Summa Codicis, de pactis*, cit., p. 41) alle prolisse considerazioni di ODOFREDO (*ad l. Huius edicti, ff. de pactis*, p. 70 v.), si snoda un percorso interpretativo la cui migliore rappresentazione è forse nella GLOSSA ACCURSIANA: « Nota tria. Pactio et ex ea, pactum, et ex pacto pax pacis ut hic videtur dicere. Sed secundum Isidorus est totum econtra. Nam a pace pactum et a genitivo pacti, addita o, fit pactio. Sed dic quod noluit derivare: sed designationem facere quandam: ut a pactione, id est, a pacis actione dicatur pactum. nam in pacto pacis et concordiae est actus, et hoc subiicit, unde et c. vel dicitur pactum a percussione palmarum... » (GLOSSA « *pactum* » *ad l. Huius edicti, ff. de pactis*). L'etimologia del termine *pactum* dall'atto della stretta di mano, come segno della conclusione dell'accordo, è un luogo che caratterizza la più gran parte degli apparati. Si veda la glossa « *a pactione* », siglata da UGOLINO, alla *l. Huius edicti*, cit.: « a percussione palmarum sicut veteres faciebant in signum fidei...ut hodie faciunt pueri digitum erigendos » (Ms. Paris, Bibliothèque Nationale, 4461, fol. 24 ra).

(25) Una realtà che non si può esprimere altro che facendo ricorso allo sfumato concetto di fatto normativo, malgrado questa locuzione venga di solito adoperata per indicare il momento non positivo di produzione di norme che si impongono alla totalità dei membri di un dato corpo sociale, come nel classico esempio della consuetudine.

solo su questa, potremo percepire l'evoluzione delle teorie dei glossatori.

La distinzione della rilevanza della *pactum* sui due piani dati dal *factum* e dallo *ius* sarà seguita, seppure con un lessico diverso, dai giuristi successivi. Sia in Rogerio che in Piacentino, difatti, al sempre più inestricabile groviglio fatto di *aequitas*, *fides* e *arbitrium* si contrappone un ulteriore argomento:

« *Autoritas praetoria tuetur pacta rite interposita ac iusticia solidata* »⁽²⁶⁾.

Il patto, una volta che sia consolidato sulla dimensione fattuale, viene munito di una sanzione da parte dell'ordinamento. Un momento che attiene esclusivamente al problema della tutela, non a quello della conclusione del patto, anteriore nella visione dei glossatori⁽²⁷⁾.

Mantenendo ferma questa diarchia di significati, i giuristi non reputeranno mai possibile intaccare la sostanza fenomenica del *pactum* con la loro interpretazione. La prima dimensione della giuridicità è posta da un tessuto normativo la cui positività giace

Sotto questo profilo, alla possanza evocativa del termine è corrisposta una varietà di significati tecnici, come dimostra N. BOBBIO, « *Fatto normativo* » in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, 1967. Anche il patto, per come viene descritto dai glossatori, si presta ad essere compulsato mediante questa nozione, ancorché la norma che esso costituisce esprimerà la sua valenza soltanto tra le parti. Il carattere principale del fatto normativo è, difatti, la sua autoqualificazione. La consuetudine è, in questo senso, un fatto normativo poiché diviene norma generale al di là di un qualsiasi momento di qualificazione che provenga dall'esterno. Lo stesso accade al *pactum* che, nei termini sopra esposti, è un accadimento che esiste e regola pur tuttavia l'agire delle parti per il solo fatto dell'accordo, prima che di esso possa darsi una qualificazione da parte dell'ordinamento superiore. Per lo stesso motivo non si ritiene di dover aderire alla tesi tradizionale che vorrebbe riservato ai fatti bilaterali il nome di atto. Questa distinzione è comunque reminiscente di un rapporto di qualificazione giuridica proprio dei sistemi positivi, in cui l'accordo tra due soggetti esiste nei limiti in cui esso venga riconosciuto dall'ordinamento superiore. Ricorrere al concetto di fatto normativo serve anche per cessare di vedere in questo aspetto un dato e trasformarlo, al contrario, in un problema.

⁽²⁶⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, p. 41 cit.

⁽²⁷⁾ Così ROGERIO: « *Auctoritas admonet nos ad observantiam pacti, nam Praetor ait: Pacta conventa servabo quae neque dolo malo... et cet.* » *Summa Codicis, de pactis*, cit.

prima di ogni ipotesi di definizione tecnica da parte dell'interprete, poiché integralmente ricompresa nell'*aequitas*. Soltanto la seconda dimensione, ponendosi nei termini di una relazione tra atto del privato e complesso superiore di norme, si apre all'opera del giurista, che vi collocherà l'insieme di questioni riguardanti la tutela delle posizioni soggettive derivanti dall'accordo.

2. *Il pactum come concetto giuridico.*

2.1. *Inesistenza di un'analisi strutturale del consenso.*

L'ambivalente prospezione giuridica del *pactum* conduce, pertanto, ad un contesto interpretativo assai particolare, in cui la nozione cardine rimane intangibile nella sua definizione. Essa si presenta ai glossatori come un elemento dal quale non si può prescindere ma sul quale non si può intervenire. Questa condizione si riflette sul percorso esegetico tenuto dai giuristi a proposito dei momenti strutturali del *pactum*.

La definizione tralatizia e immutabile racchiude il patto intorno al consenso, precisandone appena i contorni. Il primo dato che le fonti offrono all'interprete è costituito dalla indifferenza dei glossatori verso il problema di una definizione tecnica del consenso. Molti apparati, particolarmente quelli più risalenti, prescindono completamente dall'interrogarsi sulla natura del consenso. Pochi autori si segnalano per dedicare alla questione dei brevissimi cenni; tratteggiarli sommariamente ci rende chiara l'inesistenza di un'evoluzione degli apparati dottrinali sul punto.

Osserviamo l'unico spunto presente nell'opera di Piacentino:

« Consensus inquam placitus quia nemo secum sentiendo pacisci potest, imo opus est ut consentiat id est cum alio sentiat »⁽²⁸⁾.

Queste notazioni, di pura etimologia, lasciano il consenso all'arbitrio del linguaggio comune, piuttosto che acquisirlo ad una termi-

(28) PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

nologia specificamente giuridica. Non dissimile, sotto questo profilo, dal commento di Rogerio:

« Consensum vocat per similitudinem. Nam, sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur, ita qui, ex diversis motibus animi, in unam sententiam concurrunt, consentire dicuntur » (29).

La metafora della riunione di più persone provenienti da luoghi diversi rimarrà inscindibilmente acquisita al ricco patrimonio di esempi dei glossatori. In essa si esaurisce il minimo interesse dei giuristi di diritto comune per il consenso inteso come fatto materiale, la cui delimitazione concettuale viene largamente presunta, più che ricavata metodicamente dalle fonti.

Nessuno dei glossatori si propone come fine immediato quello di determinare, a partire dalla nozione consegnata loro dal testo romano, la minima struttura configurabile di consenso; non indica il limite oltre il quale due dichiarazioni individuali di volontà realizzano un accordo sufficiente a produrre degli effetti giuridicamente rilevanti.

L'unico percorso interpretativo seguito dai glossatori sul piano del consenso è, per un apparente paradosso, completamente finalizzato a fare di questo termine il fulcro della loro costruzione, ma senza definirlo organicamente. L'*interpretatio*, in particolare, prescinderebbe quasi totalmente dall'osservazione dei singoli momenti individuali che compongono il consenso.

Si può comprendere in quest'ottica la distinzione tradizionale tra la figura del patto e quella della promessa unilaterale, largamente diffusa negli apparati dei glossatori. Il testo romano descrive il patto come figura generalmente capace di produrre un vincolo giuridico, lasciando alla *pollicitatio* la possibilità di essere fonte di obbligazioni solo in taluni casi determinati.

Il primo approccio dei glossatori è nel considerare questi due termini come figure autonome e individuali, distinguibili sulla diversa configurazione della manifestazione di volontà:

(29) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

« Et per hoc quod pactum dicitur consensus duorum differt a pollicitatione... »⁽³⁰⁾.

La necessaria bilateralità del consenso nella fattispecie pattizia è l'unico elemento distintivo di vero interesse per i glossatori, che non faranno mai a meno di inserire tale notazione nei loro commenti. Un dato che potrebbe apparire tautologico, se considerato dal punto di vista dell'interprete odierno, ma che è di estrema importanza per il giurista medievale. L'unilateralità della *pollicitatio*, difatti, viene costantemente intesa come l'unica ragione della sua marginalità tra le fonti dell'obbligazione:

« per hoc a pollicitatione differt: cum pollicitatio sit solius offerentis promissio, et ideo non valet nisi in casibus »⁽³¹⁾.

Il raffronto tra queste due figure viene sempre condotto dai glossatori in modo da porre in evidenza di come il dato della pluralità delle parti, necessaria all'ipotesi pattizia, sia fondamento primario della sua generale obbligatorietà. Anche in questo caso non siamo di fronte alla scelta arbitraria di un criterio da parte del giurista; la contrapposizione logica tra unilaterali e plurilaterali pone in luce un'immediata prospezione dell'*aequitas*.

Questa si realizza al massimo grado possibile nella struttura del patto, in cui due parti compongono in accordo i loro interessi da principio contrastanti:

« Adnecti debet et subaudiri in idem dandum faciendumve scilicet invicem idest ab altero alteri, nec enim si duo consentiant, ut quid cui absentis tribuant paciscuntur, sed ita si alter alteri spondet, hocque in casu alterius conditio melior est, ut eius cui promittitur, alterius durior ut promittentis, alio modo se habet pollicitatio: quippe est solius offerentis promissio... »⁽³²⁾.

La lettura di Piacentino si occupa di talune ipotesi che, pur

⁽³⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis, l. II, de pactis*, r.a. Torino, 1966.

⁽³¹⁾ GLOSSA « *duorum* » ad *l. Huius edicti, ff. de pactis*. Cfr. anche Paris BN 4463, fol. 25 va: « *Duorum. et per hoc differt a pollicitatione ...Az.* ».

⁽³²⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

sostanzandosi in un accordo, sono poste fuori dal novero dei *pacta* dal testo romano. Essa ci indica la prospezione normativa che l'*aequitas* induce nel *pactum*. Nello schema pattizio, difatti, la condizione patrimoniale di ciascuna parte non viene sottoposta a un detrimento, poiché l'obbligazione risultante per l'una trova contemperamento nel complementare vincolo che pesa sull'altra ⁽³³⁾. Ipotesi come quella dell'accordo volto ad attribuire una situazione giuridica ad un terzo estraneo alla sua formazione non possono essere riconosciute come pattizie, poiché in esse non si può avere la tendenziale parità di situazione patrimoniale fra le parti.

La situazione di disequilibrio è, al contrario, propria della *pollicitatio*, nei casi in cui produce un'obbligazione valida e azionabile, poiché in essa la posizione del promittente non può trovare un contemperamento nella situazione del promissario, che non è parte della formazione della fattispecie e non *contrae*, conseguentemente, alcuna obbligazione in proprio.

2.2. *Pactum e promessa unilaterale. Indifferenza dei glossatori verso una concezione procedimentale della formazione del consenso.*

La prospezione equitativa si realizza soltanto nel contemperamento volontario delle diverse posizioni giuridiche delle parti: ciò spinge facilmente i glossatori a vedere nel *pactum* l'unica figura generalmente capace di produrre un'obbligazione. La figura della *pollicitatio* — contrariamente allo schema pattizio, come vedremo — non verrà mai estesa al di fuori del numero limitato di ipotesi descritte dal *Corpus Iuris*. Il giurista porrà sempre la relazione tra *pactum* e *pollicitatio* in termini di opposizione esclusiva: laddove sarà riconoscibile il primo schema, non lo sarà il secondo.

Questo dato produce conseguenze rilevanti a carico del sistema complessivo, determinandone l'estensione in modo tale da comprendere le sole strutture che si basano sul consenso di due parti. Il vero

⁽³³⁾ Il che non deve farci subito propendere per una ricostruzione del *pactum* come struttura necessariamente sinallagmatica. La riflessione dei glossatori rimane anteriore a questo genere di problemi, che trova la sua sede naturale ad un livello più basso e specifico del sistema.

elemento distintivo del *pactum* rispetto ad altre morfologie possibili di fondamento dell'obbligazione è questo, posto dalla definizione romana, ma riletto dal giurista alla luce della giuridicità fattuale assicurata dall'*aequitas*. Ancora una volta il *pactum* si conferma per questo tramite come un concetto che non viene assunto nel suo ruolo in virtù di un'autonoma scelta del *doctor iuris*, ma quasi imposto dal tessuto giuridico che, dando legittimità all'interprete, lo vincola contemporaneamente nella scelta dei parametri. Una prova in tal senso ci viene ulteriormente fornita dallo sviluppo dell'interpretazione sulla diarchia tra *pactum* e *pollicitatio*.

Taluni autori tentano, difatti, di avviare su tale contrapposizione un percorso relativo alla natura del procedimento di formazione del consenso. Radi spunti, fra i quali si può segnalare quello di Azone:

« ...promissio referri potest nedum ad pollicitationem sed ad nudum pactum »⁽³⁴⁾.

Una notazione, di cui si trova traccia anche nella *Glossa Magna*, che appare perspicua: la promessa, come dichiarazione di una parte, appartiene tanto alla figura della *pollicitatio* che a quella del *pactum*. Essa è riconoscibile sia nel primo, sia nel secondo caso, ove due promesse si incontrano per dar vita all'accordo.

Questo spunto analitico rimarrà largamente privo di seguito. Esso non verrà sviluppato organicamente, facendo della *pollicitatio*, al di là del significato tipicamente consegnato dal testo romano, lo schema generale della proposta. Di particolare ostacolo è la definizione della stessa *promissio*. Lo stesso Azone, trattando della costituzione della dote — quindi di uno dei pochi casi, e certamente del più importante e ricorrente, di validità della *pollicitatio* — ci indica l'imprecisione terminologica dei giuristi su questo punto:

« Fit autem promissio per stipulationem et quandoque etiam sine praecedenti interrogatione: sed pollicitatio nihil aliud est quam solius offerentis promissio ut ff. de poll. l. iii. Abusive tamen et equivoce pollicitatio recipit promissionis nomen... »⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

⁽³⁵⁾ AZONE, *Summa Codicis, de dotis promissione et nuda pollicitatione*.

La *promissio*, dichiarazione unilaterale, veniva dipinta nel passo precedente come elemento del patto; ora diviene il prodotto di un contratto tipico e bilaterale, la *stipulatio*. A ribadire il concetto, Azone qualifica come irregolare ogni apparentamento tra la *pollicitatio* e la *promissio*. Questo primo esempio testimonia di già dell'incertezza patita dal giurista nel tentativo di definire i momenti che intervengono precedentemente all'accordo compiuto.

La Glossa di Accursio partecipa delle stesse discrasie definitorie: nel titolo *de pactis* una glossa fa della promessa il minimo comune denominatore fra *pactum* e *pollicitatio* ⁽³⁶⁾, il commento ad un'altra *lex* ci rende una diversa costruzione, sommamente evocativa delle reali esigenze del giurista.

«*Pollicitationem*. Ubi et unius tantum est consensus: ut infra de pollici. L. pactum. Et sic nota quod aliud est dictum, aliud pollicitatio, aliud pactum et aliud stipulatio: ut hic colligitur » ⁽³⁷⁾.

Dictum, pollicitatio, pactum, stipulatio: quattro termini ben definiti dal testo romano che vengono posti in una particolare relazione da questa glossa. Il *dictum* è definito, dalla stessa *lex* sulla quale interviene questa glossa, nei termini di una semplice dichiarazione priva di quegli elementi formali validi, nella prospettiva antica, a rendere una manifestazione di volontà produttiva di effetti obbligatori ⁽³⁸⁾. La *promissio*, restando sul piano offerto dal testo, si può riferire a ogni dichiarazione unilaterale, indipendentemente dal problema dell'efficacia e della tutela delle posizioni soggettive derivanti ⁽³⁹⁾. La finalità del passo ulpiano, posto nel titolo dedicato all'*aedilicio edicto*, è quella di determinare il momento in cui il contratto traslativo si è perfezionato, per derivarne il sorgere della responsabilità per vizi della cosa. In quest'ottica, esso descrive una consecuzione che procede dal *dictum* alla *sponsio*, ossia dal minimo

⁽³⁶⁾ « ... sed promissio ad pollicitationem et ad nudum et ad vestitum pactum se habet.. » GLOSSA « *duorum* » in *l. Huius edicti, de pactis*, cit.

⁽³⁷⁾ GLOSSA « *pollicitationem* » in *l. Sciendum ff. de aedilicio edicto*.

⁽³⁸⁾ « Dictum a promisso sic discernitur. Dictum accipimus, quod verbo tenus pronunciatum est, nudoque sermone finitur. » GLOSSA « *pollicitationem* », cit.

⁽³⁹⁾ « Promissum autem potest referri et ad nudam promissionem, sive pollicitationem, vel ad sponsionem » GLOSSA « *pollicitationem* », cit.

aspetto della dichiarazione sino all'ipotesi formalmente costituita. La relazione fra queste figure si esprime nei termini di una graduazione, condotta sulla loro capacità individuale a produrre un vincolo obbligatorio, nulla nel *dictum*, presente in taluni casi nella *pollicitatio* e normalmente presunta nella *sponsio*, costituita attraverso una forma tassativa.

La glossa appena citata riporta queste figure all'interno di una relazione estremamente diversa, che risulta da una più ampia opera di rideterminazione di talune morfologie. La *nuda promissio* unilaterale del testo romano viene così definita nel patto, per sua natura bilaterale ⁽⁴⁰⁾; la *sponsio* — ossia la dichiarazione del solo stipulante, formale ma non obbligatoria in assenza della controdichiarazione — viene equiparata al negozio perfezionato: la stipulazione ⁽⁴¹⁾.

Si errerebbe nel vedere in tali incertezze un semplice travisamento operato da giuristi poco provveduti. Il loro interesse non è rendere la perfetta esegesi del testo commentato, ma riviverlo all'interno della loro concezione dell'obbligatorietà. La *lex* in questione fornisce loro una graduazione di tipo quantitativo, condotta su termini omogenei nella comune cifra dell'unilateralità e diversi nella loro capacità a produrre obbligazione in virtù della maggiore o minore presenza di elementi formali. Il glossatore mantiene ferma la necessità di una graduazione sul criterio indicato dal testo, ma per appropriarsene ha bisogno di trasformarla in una graduazione qualitativa, riportata su una sequenza di termini diversi fra loro per struttura.

Il semplice *dictum* unilaterale rimane fuori dal campo dell'efficacia giuridica; vi può entrare, divenendo quindi *pollicitatio*, solo nei casi eccezionali in cui una legge lo preveda. Il livello ulteriore è quello della generale capacità di costituire fonte di obbligazione, che non può essere incarnata altro che dal *pactum*, necessariamente bilaterale. Il grado più alto della generale obbligatorietà è rappresentato dalla *stipulatio*, negozio bilaterale e dotato dalla *lex* di azioni finalizzate a tutelare pienamente le posizioni soggettive da essa risultanti.

⁽⁴⁰⁾ « *Promissionem*. Id est, pactum, quod utroque consentiente fit... » GLOSSA « *Promissionem* » in *l. Sciendum*, ff. de aedilicio edicto.

⁽⁴¹⁾ « *Ad sponsionem*. Id est, ad stipulationem » in *l. Sciendum*, cit.

Riaffiora ancora una volta l'elemento della bilateralità della struttura, prospezione immediata dell'*aequitas*, come unica base per la costituzione di un vincolo. Da questo dato discende sia la centralità del *pactum* all'interno del sistema, sia l'impossibilità di distinguere all'interno i momenti di formazione. Il giurista medievale vede come minimo oggetto possibile del proprio studio il *pactum*, da considerarsi necessariamente nella sua unitarietà; egli non si spingerà mai oltre questa frontiera, per scandire questa realtà in frammenti che, riguardati nella loro individualità, non assumono alcun significato sistematico.

3. *Il patto come schema generale dell'atto di disposizione.*

3.1. *I pacta tacita.*

La struttura pattizia si mostra pertanto all'interprete come l'archetipo della fattispecie obbligatoria nel confronto tra *pactum* e *pollicitatio*. Questo ci ha mostrato come i due fattori della bilateralità e della contestualità nella composizione degli interessi delle parti concretizzino sul piano della definizione tecnica le istanze equitative, apprezzabili sul diverso piano della giuridicità fattuale. L'importanza della struttura di formazione bilaterale si apprezza, tuttavia, su un profilo ulteriore. I glossatori, difatti, estenderanno generalmente lo schema pattizio sino a farne il fondamento di una serie di situazioni giuridiche descritte dal testo romano e provviste, all'interno di quel sistema, di un altro significato.

Il riferimento è alla vasta materia dei *pacta tacita*, un argomento estremamente ricorrente negli apparati dei glossatori. Ancora una volta è la *Summa Trecensis* a iniziare la nostra disamina. Subito dopo aver indicato quella dimensione fattuale del *pactum* che è stata sopra esaminata, così continua:

«...et hoc fit, sive expressim convenit sive tacite. nam propter rei aequitatem quaedam tacite presumuntur et custodiuntur, veluti si plures in solidum teneantur et ab uno pars exigitur... »⁽⁴²⁾.

(42) SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit.

Il passo è estremamente perspicuo: in taluni casi l'*aequitas* impone di presumere l'esistenza di un patto, pur dove la volontà delle parti non si sia esplicitata in questa direzione. La *Summa*, portando un esempio in materia di obbligazione solidale, fa oscuramente riferimento a un caso espressamente contemplato in una *lex* romana.

Rogério ci chiarisce i termini della questione:

« nam pacta, quaedam sunt expressa, quaedam sunt tacita. tacita, quandoque equitate rei presumuntur et custodiuntur, ut dicitur de creditore qui convenit emptorem hereditatis, tacite videtur convenisse ne conveniat venditorem... » ⁽⁴³⁾.

La *tacita pactio*, introdotta da Rogério negli stessi termini della *Summa*, è quella che si può riconoscere instaurata fra il creditore dell'eredità e il venditore, nel momento in cui il primo non rivolge a questi la propria pretesa, bensì al compratore, obbligato in solido con l'erede. In questo caso è un esplicito passo del *Codex* a concedere l'*exceptio taciti pacti*. Il punto di nostro maggior interesse è nella lettura che il giurista medievale fa del fenomeno, che viene integralmente condotta sul piano della giuridicità fattuale. Un percorso estremamente palese nella *Summa Trecensis*, che non muta nei giuristi successivi.

L'*aequitas rei* è presunta nel comportamento processuale del creditore che, scegliendo l'obbligato cui chiedere l'intero, costituisce l'esigenza di tutelare il venditore, al quale non può essere chiesto di adempiere a sua volta la medesima obbligazione. La lettura di Rogério è, su un piano tecnico, intuitiva di una soluzione che non appare tuttavia ben definita sullo schema pattizio. Questo autore, difatti, vede nel perfezionamento del potere di scelta del creditore il contemporaneo momento di conclusione del patto. Il punto debole di questa costruzione è nel lasciare indefinita la controparte di tale accordo, cosa inevitabile nel momento in cui si deve costringere nei termini della struttura pattizia ciò che si lascia descrivere piuttosto come determinazione unilaterale di un soggetto.

Azone risolve lo stesso caso mediante una soluzione più raffinata

(43) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*.

che passa attraverso lo studio di due situazioni distinte. La prima è quella del creditore, considerata nel momento in cui sceglie di agire contro l'acquirente, escludendo il venditore dalla propria pretesa; la seconda è quella titolata dal compratore escusso, che decide dal suo canto di non avvalersi della possibilità di restituire i beni alla propria controparte, cosa che avrebbe per effetto quello di lasciare costui come unico destinatario dell'azione avversaria.

Due determinazioni distinte che, nell'ottica dell'operazione complessiva, si trasformano tacitamente in un *pactum*:

«...ex istis enim duobus, id est si isti moverint actiones, et alii susceperint eas spontanea voluntate, praesumit lex ipsos tacite pactum fecisse ne de caetero conveniat haerem imo excipiet. Sed quare non liberatur ipso iure? Et videretur quia litem contestati sunt cum emptoribus: unde videbatur quod nolent de caetero alium convenire: et novatione tollitur omnis obligatio... si expressim agatur de novatione: quod hodie fieri oportet. Antiquitus poterat etiam tacite... sed hic non expressum fuerat: unde lex interpretatur pactum tacitum de non petendo.»⁽⁴⁴⁾

Se le parti avessero espressamente disposto tra loro di non convenire in giudizio il venditore, si sarebbe avuta una novazione, che avrebbe liberato questi *ipso iure*; nel caso considerato le parti hanno tenuto un comportamento che, pur non essendo esplicitamente finalizzato a questo scopo, lo lascia presumere. L'*aequitas*, come norma di immediata valutazione e qualificazione degli atti umani, chiude la relazione tra questi due poli e porta ad avere un *pactum*.

Rogerio individua una seconda ipotesi di patto tacito:

«...quaedam quandoque odio litis presumuntur et custodiuntur, ut dicitur de eo qui movit litem de predio, et tacuit per totum tempus iudicii, tacite renuntiasset videtur, ut C. eod. L. postquam liti, quia, sive expresse renuntiavit liti, sive tacite, non amplius agere potest, quia removetur exceptione taciti pacti»⁽⁴⁵⁾.

Non è più, in questo caso, la valutazione equitativa a carico della situazione giuridica complessiva, bensì il disvalore verso le liti e la

⁽⁴⁴⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, n. 19.

⁽⁴⁵⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

conseguente necessità di comporle a governare questa ipotesi di patto tacito per il quale, a differenza delle ipotesi precedenti, non v'è alcun esplicito riferimento nelle fonti ⁽⁴⁶⁾. In questo modo egli inaugura una lunga diatriba sulla natura pattizia della rinuncia al giudizio.

Lo schema interpretativo non è dissimile da quello adoperato con riguardo all'ipotesi precedente: anche qui l'autore trasforma l'inerzia processuale dell'attore in una determinazione, oltretutto consapevole della non ulteriore esperibilità della medesima azione, attraverso la quale si arriva al patto tacito. Questo percorso sarà, ancora una volta, condiviso negli esiti ma non nello svolgersi dagli autori successivi. Il commento di Azone ci partecipa i suoi dubbi su questa soluzione:

« Posset quaeri de qua renunciatione loquatur, et voluerunt quidam dicere de tacita: ut si stetit per triennium hoc enim ipso dixerunt ipsum tacite renunciasset. Sed non peregit infra illud tempus. Sed dominus meus contra, dicit enim perpetuam esse actionem usque ad spatium triginta vel quadraginta annorum ...unde actio non tollitur, sed instantia causae, hic autem non loquitur de instantia, sed de ipsa actione: quia etiam si vellet agere de novo non posset. Ergo dic quod expressim fuit facta renunciatio, sive inter istos sive inter alios in iudicio vel extra, quia habet taciti pacti exceptionem » ⁽⁴⁷⁾.

Il problema qui è dato dalla determinazione del comportamento dell'attore. La semplice inerzia dopo l'introduzione del giudizio (« *tacuit* ») non sembra poter qualificare in sé un accordo. Termine ambiguo, il tacere può certo produrre effetti sul giudizio intercorso, ma questi possono essere ascritti più all'intervento della prescrizione che ricostruiti su di uno schema pattizio. Propendere per la tesi della prescrizione non è operazione priva di conseguenze: l'attore inerte vedrebbe operare l'estinzione di questo primo giudizio, ma non si pregiudicherebbe la possibilità di esperire nuovamente la stessa

⁽⁴⁶⁾ L'ipotesi centrata sull'obbligazione solidale è espressamente risolta sul piano della *tacita pactio* dalla l. *Post venditionem*, C. *de pactis* (C. 2, 3, 2). Questa seconda, invece, viene indotta ma non espressamente risolta su questo profilo dalla l. *Postquam liti*, posta nello stesso titolo.

⁽⁴⁷⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, cit., n. 27.

azione, fino allo scorrere dei trent'anni da che questa è sorta. Azone, vincolato in ciò dal testo della *lex* commentata, esclude questa possibilità.

Il suo ragionamento separa nettamente la possibilità di intentare un giudizio (*l'instantia causae*) dall'azione in sé. Il titolare dell'azione, in questo senso, ha un lungo tempo a disposizione per poterla esperire ma, una volta introdotto il giudizio, la sua rinuncia ha un carattere dispositivo, coinvolgendo l'intera pretesa. Tale caratteristica fa operare lo schema del patto tacito: la rinuncia espressa, resa dall'attore al convenuto o a terzi è ricostruibile esclusivamente come accordo, poiché solo attraverso questo mezzo si può avere una disposizione di diritti.

3.2. *Identità tra pactum e atto di disposizione di diritti.*

La *Glossa Magna* conferma l'impostazione di Azone:

« *Renuntiasti*. Haec renuntiatio lite tantum mota nocet: pactum vero et ante et post... et fuit facta haec renuntiatio praesente vel absente adversario per haec verba, nolo amplius venire ad causam, quocumque enim modo potest ostendi expresse vel tacite, satis est. ».

Il comportamento dell'attore, ove si sostanzi in atti incompatibili con il proseguimento del giudizio, comunque indicativi della sua volontà di non proseguire la causa intentata, genera una rinuncia. Una volta che l'azione sia stata esperita, la rinuncia ha lo stesso valore dispositivo del patto espresso che sia intervenuto, sulla medesima situazione soggettiva, prima o dopo il giudizio. Il percorso logico della *Glossa* è estremamente semplice, sotto questo profilo. Un patto espresso potrebbe estinguere l'obbligazione, altrimenti esigibile, tra due parti; con lo stesso mezzo, *post iudicium*, si può estinguere il disposto di una condanna. Laddove un atto di disposizione della materia del contendere avviene *intra iudicium*, a questo va comunque riconosciuto il nome di *pactum*, anche se il tutto è avvenuto tacitamente.

Iniziando a trarre le fila di questa analisi, è agevole notare come l'*exceptio taciti pacti*, delineata dal testo romano in un ambito limitato, venga estesa dai glossatori su altri campi, in base all'unico criterio dato dalla disposizione di diritti. Ovunque si riscontri questo

carattere, l'atteggiamento del giurista è di ricercarvi a fondamento la fattispecie pattizia, a meno che la *lex* non disponga diversamente, come nei limitati casi di validità della *pollicitatio*.

La *tacita pactio* del glossatore è quindi estremamente dissimile dal patto tacito del giurista odierno. Questi è portato a trovare una tacita dichiarazione di volontà in schemi che partecipano fin dall'inizio di una natura contrattuale, sia nel caso in cui la controparte dia inizio all'esecuzione della propria prestazione senza una preventiva risposta, sia nel più dibattuto caso del contratto con obbligazioni per il solo proponente, che si conclude con il mancato rifiuto dell'oblato (48). Entrambe le ipotesi presuppongono la normale struttura di formazione del contratto bilaterale: la presenza di una proposta qualifica il procedimento di composizione degli interessi delle parti, contribuendo a identificare nel negozio risultante un contratto (49). Il patto tacito del giurista odierno si configura come fattispecie procedimentale di conclusione del contratto, che si può ravvisare laddove non sia stato seguito il classico schema basato sulla proposta e sull'accettazione. Ciò presuppone che l'oggetto del negozio sia costituito da una situazione giuridica passibile di una disposizione per via contrattuale (50).

(48) Una lettura tradizionale che si basa — come lucidamente notato da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 15 — sul ruolo di paradigma giocato dal contratto nei sistemi codicistici odierni. Il principio consensualista comporta la rigida tipicità dei negozi unilaterali e conduce l'interprete a ricostruire tante fattispecie eminentemente unilaterali riportandole allo schema del contratto bilaterale attraverso l'artificio del consenso tacito o presunto. La *tacita pactio* del giurista medievale è, all'opposto, la minima condizione di esistenza dell'atto di disposizione, senza che da questa valutazione possa sorgere, a questo livello del sistema, una particolare regolamentazione degli effetti.

(49) Il dibattito della dottrina sulla conclusione del contratto *ex art. 1327 C.c.* è tra le prove migliori delle resistenze concettuali dei giuristi, frutto immediato e diretto dell'assoluto imperversare del dogma consensualistico, che, oltre a dare la *ratio* degli effetti, dovrebbe permeare di sé l'intera struttura negoziale. Si veda, a questo proposito, l'analisi di SACCO, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 10, II, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1982, p. 35-37.

(50) Si parla ancora dell'ordinario modo di procedere dell'interprete odierno che deve ricorrere al contorcimento del consenso tacito o presunto poiché costretto dall'idea di una rigida tipicità degli atti unilaterali, che viene in genere ricavata *a contrario* dall'immanenza del dogma consensualista. Una volta dimostrata l'insussistenza

Il giurista medievale, all'opposto, riporta sul patto tacito atti di disposizione di situazioni per loro natura unilaterali, come ben ci ha dimostrato l'esempio della rinuncia alla lite intentata. La *tacita pactio* non ha rilievo di procedimento. Sia il creditore dell'eredità che l'attore rinunziante dichiarano la propria volontà nell'unico modo loro possibile, esercitando l'azione contro Tizio e non contro Caio il primo, compiendo atti incompatibili con la prosecuzione del giudizio il secondo. Per il giurista odierno il patto tacito è un mezzo per interpretare la volontà di due soggetti, ricomprendendo nell'area dei contratti il risultato del loro agire. La *tacita pactio* medievale, invece, è l'unico strumento per fondare razionalmente gli effetti dispositivi di ipotesi descritte dal testo romano, ma non immediatamente giustificabili all'interno del sistema di valori del glossatore⁽⁵¹⁾. Ancora una volta è la giuridicità fattuale del *pactum* a regolare la dinamica di questa vicenda complessa. Ogni disposizione di diritti va riportata su questo terreno, poiché fuori dallo schema pattizio non vi è *aequitas*, unica forza che giustifica la nascita di un'obbligazione.

di codesta pretesa tassatività, come definitivamente fatto dal DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, è facile vedere nell'unilateralità o bilateralità della formazione del negozio due procedimenti diversi per realizzare lo stesso ambito dell'autonomia privata (si vedano, in particolare le pagine 447 ss.). Ciò è possibile, tuttavia, in un sistema come quello odierno, che vede nell'ordinamento superiore il termine di validazione dell'autonomia privata, attraverso la particolare qualificazione degli atti. Il giurista medievale parte, invece, dall'idea che l'atto di disposizione debba essere intrinsecamente normativo e autoqualificante: la bilateralità è l'unico crisma in grado di produrre queste caratteristiche. Ciò dà conto del perché il glossatore pieghi tutte le fattispecie dispositive nello schema forzoso del *pactum*, fatte salve quelle ipotesi unilaterali qualificate direttamente dal testo romano come produttive di effetti.

⁽⁵¹⁾ Giuste le tesi che, contrastando l'uso eccessivo dello strumento del consenso presunto in dottrina e giurisprudenza, rifiutano la presunta centralità dell'art. 1324 C.c. e asserendo la pari dignità sistematica dell'art. 1333, vedono nell'unilateralità e nella bilateralità della formazione del contratto due procedimenti che possono supportare tanto effetti unilaterali che strutture a rilievo bilaterale. Si veda in proposito BENEDETTI, op. cit., in specie il capitolo I, par. 6, 7 e 8. Il giurista medievale non ha, sotto questo profilo, la possibilità di foggare autonomamente i cardini del proprio sistema. Essi sono dati dall'*auctoritas* del testo, che gli consegna la nozione di *pactum* come unica prospettiva equitativa di produzione di effetti dispositivi su diritti.

3.3. *Una prima dimostrazione: l'inutilità sistematica della nozione romana di conventio.*

L'*aequitas* chiude pertanto il *pactum* in sé stesso, rendendone inutile un'analisi interna della struttura. La forza della giuridicità fattuale ha, tuttavia, una portata ulteriore nel delineare il *pactum* come concetto cardine del sistema contrattuale. Essa, difatti, rende questo concetto insostituibile in tale ruolo con altre nozioni più generali.

Il testo romano consegna ai glossatori, oltre ai termini di *pactum* e di *pollicitatio*, la cifra della *conventio*. Le vicende cui tale concetto andrà incontro all'interno dell'*interpretatio doctorum* sono in grado di portare più conferme al nostro quadro d'insieme.

La *conventio* ha un ruolo centrale nella speculazione romana sui *pacta*. In questo tessuto normativo, il termine indica essenzialmente il nucleo consensuale di ogni ipotesi contrattuale, rendendo questa realtà attraverso delle immagini che, come abbiamo già visto, godranno ampiamente del favore dei glossatori. Per questa sua caratteristica la *conventio* viene quindi presentata dal testo giustiniano come *nomen generale*, termine primo rispetto al quale tutte le varie tipologie contrattuali si pongono come specificazioni. Due momenti di una prospezione unitaria, nella struttura dell'argomentazione fornita dal testo cui corrispondono, nell'interpretazione dei glossatori, due significati estremamente diversi.

La prima accezione vede nella *conventio* nulla più che l'atto del consentire, definito negli stessi termini che sono stati già sommariamente introdotti. *Conventio* e *consensus* si identificano nel nucleo attorno al quale si fissa il *pactum*, di stretta conserva alle raffigurazioni fornite dalla *lex romana* e senza apportare alla sostanza fenomenica del consenso alcun ulteriore contributo definitorio. Questo strumento, su cui pure il testo carica tanta enfasi, si rivela arma spuntata per una definizione giuridica del consenso in grado di andare oltre il dato della pura materialità dell'accordo, per indicarne la minima struttura configurabile. Tale incapacità porta questo significato ad essere, per così dire, recessivo negli apparati: presente in taluni, non lo è, tuttavia, in tutti.

La seconda accezione di *conventio* è, al contrario, dominante nella massima parte delle argomentazioni. Essa pone in evidenza la

caratteristica offerta dal *nomen generale*, che viene perscrutata facendo della *conventio* una nozione autonoma, i cui tratti debbono essere posti in raffronto con quella di *pactum*. Un'ottica evidente nella formulazione della *Glossa Magna* che, dopo aver accertato che il titolo di *pactum* spetta tanto agli accordi diretti a costituire tanto a quelli destinati ad estinguere un'obbligazione, si chiede in che cosa la *conventio* sia termine generale rispetto al *pactum* ⁽⁵²⁾.

La risposta procede, ancora una volta, dall'immagine delle persone che convengono nello stesso luogo:

« Responde, quia qui conveniunt in scholis, vel in comedendo, convenire dicuntur, non tamen pacisci: ut hic subiicitur. ».

Il giurista non può ignorare la *conventio*, poiché termine dato dal testo antico, di cui deve rispettare l'*auctoritas*. La relazione di specialità della *pactio* rispetto alla *conventio*, che egli è obbligato a custodire, viene individuata a partire da una tradizionale diatriba condotta sulla definizione romana di *pactum*:

« Sequitur in idem, non dicitur in eodem. Nam si duo consentiant in eodem, puta quod Socrates est Socrates, non est pactum sed opus est ut consentiant in idem, scilicet dandum faciendumve ex diversis motibus animorum, postmodum convenientes in quid unum faciendum vel dandum. ».

Di quali colpe si fosse macchiato il filosofo di fronte ai glossatori, non è dato sapere, né tampoco ci preoccupa indagare; men che meno ci conviene entrare nel pelago della grammatica medievale, inseguendo i giuristi nella vana ricerca di quali significati l'accusativo potesse custodire più dell'ablativo. Ciò che qui conta è che su questo nome e su questa distinzione si combatterà la battaglia volta a discernere ciò che costituisce patto da ciò che rappresenta il semplice porsi d'accordo su qualcosa.

Due soggetti possono così condividere un argomento qualsiasi, sino a stravolgere la realtà ⁽⁵³⁾, ma non realizzeranno un patto se il

⁽⁵²⁾ GLOSSA « *transigendique* » in *l. Huius edicti, ff. de pactis*, cit.

⁽⁵³⁾ « Si nam ego et tu consentiamus puta quod Socrates sit lapis non est pactum quod neutrum tali consensus obligat ». AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

loro consenso non interverrà su una situazione giuridica, mutandone lo stato o la pertinenza. La disputa, iniziata su un crinale puramente etimologico dai primi glossatori⁽⁵⁴⁾, si intreccia presso gli ultimi con il problema della definizione della *conventio*.

I giuristi, nella loro necessità di mantenere alla *conventio* una rilevanza di nozione generale, le assegnano per l'appunto il significato di accordo non giuridico, poiché privo del carattere dell'obbligatorietà⁽⁵⁵⁾.

Operando in questo modo, tuttavia, i glossatori privano completamente la *conventio* di ogni rilevanza sistematica, per investire esclusivamente il *pactum*. Alla prima si riserva una generalità costruita a posteriori, forzosa rispetto alle caratteristiche della *pactio*, buona per rispettare il *dictum* romano, ma non per avere una genuina rilevanza classificatoria. Gli esiti di questo intervento sono particolarmente distinguibili in Odofredo:

«...sed signori salva eorum auctoritate quae maxima fuit non est magna vis inter idem et eodem: quia sive consentimus in idem sive in eodem non tamen obligando nos unum alteri non est pactus ut si consentimus quod luna est in finibus planetarum; et in aliis exemplis supra praelibatis. Sed si consentimus inter me et te de aliquo mihi dando vel faciendo consentimus in eodem vel in idem est pactum. Unde in hoc non erat vis.»⁽⁵⁶⁾

Non v'è più luogo a procedere per le argomentazioni squisitamente letterali. Odofredo affronta direttamente il problema, evidenziando nel momento della disposizione di diritti il criterio di quali-

⁽⁵⁴⁾ ODOFREDO attribuisce la paternità di questa distinzione a GIOVANNI BASSIANO, con espressioni che meritano di essere riportate: « Signori, circa hoc dominus Iohannes visus est subtilizare et fecit circa hoc quandam summulam quae est minus unius columnae... » (*ad l. Huius edicti, de pactis*, n.1).

⁽⁵⁵⁾ « *Generale*. Pactum non adeo generale quia ea tantum complectitur quae gratia obligationis contrahuntur sed convenire tecum dico in comedendo et talibus. Az. » Ms. Paris BN 4463 fol. 25 va (*ad l. Huius edicti*, cit.). la stessa glossa si ritrova, senza differenze in Paris BN 4459, fol. 19 vb. Cfr. anche Paris BN 4461, fol. 24 ra contrassegnata da UGOLINO: «...magis quam pactum quod apparet ex eo quod infra dicit nam sicuti convenire et cetera. Ideo si conveniamus ineundo... est conventio sed non pactum. ».

⁽⁵⁶⁾ ODOFREDO, *in l. Huius edicti, ff. de pactis*.

ficazione del patto nei confronti delle altre ipotesi di accordo. La *conventio* diviene definitivamente un nome vuoto, privo di vero interesse per il giurista:

« Or signori notate in § isto quod conventio est genus, pactum species: sicut etiam transactio est genus pactum est species: sed tamen non omnis conventio est pactum: nam aliquando multi conveniunt in unum locum et tamen non est pactum. Item notate quod pactum dicitur conventio similitudinarie... »⁽⁵⁷⁾.

Odofredo non può esimersi dal ribadire che la *conventio* è nozione generale rispetto al *pactum*, e per farlo è costretto ad inanellarsi in ragionamenti sempre più speciosi⁽⁵⁸⁾.

Sarebbe avventato scorgere nelle vicende della *conventio* un disinteresse dei glossatori verso le categorie generali ed il sistema. Più semplicemente, questa analisi ci conferma che essi non sono autonomi nel foggare la realtà della propria classificazione, dovendo comunque far fronte alle esigenze che il testo dotato di *auctoritas* pone loro. Quest'ultimo ripone nel *pactum* tutta la sostanza definitoria dell'atto di disposizione, imponendo ai glossatori di salvaguardare formalmente il *nomen* della *conventio*, facendone una classificazione vuota di un qualsiasi contenuto giuridicamente apprezzabile⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ ODOFREDO, ult. loc. cit. § *conventionis verbum*.

⁽⁵⁸⁾ « Signori ex quo iurisconsultus in superioribus posuit quid sit pactum, et unde dicatur et commendationem huius edicti procedit more rhetorico scilicet dicendo differentiam inter pactum et conventionem esse: quia omne pactum est conventio, sed non omnis conventio est pactum » E ancora: « apparet ergo quod omne pactum est conventio, sed non econtra, quia homines conveniunt in unum locum et tamen non est conventio, sive pactum...nam hic non sumitur pro illa parte significativa verbi scilicet dictionis... » (ODOFREDO in *l. Huius edicti, de pactis*, cit.). Due passi dai quali risulta chiaramente la difficoltà del giurista medievale di organizzare questo materiale semantico per *genera* e *species*.

⁽⁵⁹⁾ È significativo rilevare il fascino che la nozione di *conventio*, delimitata nei minimi termini dell'accordo fra due o più soggetti indipendentemente dalla materia sul quale interviene, esercita anche sul giurista odierno. Il riferimento è alla tesi del MESSINEO, *Il contratto in genere*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, t. I, Milano, 1968, p. 76-79, che, vedendo aprioristicamente nella convenzione un termine cui conservare quella rilevanza che il Codice civile appare aver definitivamente espunto, ne fa una categoria che « si presta a puntino come casella, nella quale inquadrare quelle figure, indubbiamente negoziali e volontarie, le quali, però, avendo ad oggetto rapporti

4. *Il pactum come modello di comprensione del fatto giuridico bilaterale e obbligatorio.*

Le vicende cui va incontro la *conventio* nell'interpretazione dei glossatori esemplificano bene le esigenze sistematiche di questi giuristi e, all'insieme, le loro difficoltà definitorie. L'analisi ci ha mostrato come il concetto di *pactum* assuma una preminenza sistematica nei confronti della *conventio* in virtù della sua valenza dispositiva, sconosciuta al *nomen generale* del testo romano.

Questa fondamentale caratteristica vale a distinguere il patto dal più generico accordo, ma non viene ricostruita dai glossatori a partire dalla morfologia del consenso. La prova risiede nel fatto che entrambi i concetti, pur tributari di una così diversa latitudine d'effetti, rimangono tuttavia definiti, quanto alla loro genesi, nel medesimo « *in idem convenire* ».

Tutto il percorso interpretativo dei glossatori sui momenti strutturali del *pactum* è attraversato da questa contraddizione. Da una parte, difatti, il patto è inteso come la figura provvista della più ampia valenza dispositiva; dall'altra esso rimane un concetto tecnicamente vuoto, racchiuso intorno a una nozione di consenso di cui non si analizzano i tratti.

L'attenzione dei giuristi è integralmente rivolta a percepire la realtà del *pactum* sul piano dell'efficacia, come ci dimostra la loro interpretazione sulla *l. Conditionis incertum*, con cui si inizia il titolo *de pactis* del Codice giustiniano. Il testo pone un'ipotesi che conviene esaminare brevemente. Due fratelli hanno ricevuto la propria parte dell'eredità paterna, e ciascuno si è impegnato per fedecommesso, nel caso non avesse avuto figli al momento della sua morte, a che la sua porzione venga restituita all'altro. Su questa

non-patrimoniali, devono espungersi dalla cerchia del contratto ». Una velata nostalgia che si traduce in un sistema contraddittorio. L'autore, difatti, sostiene la convenzione « come altra sottospecie del negozio giuridico bilaterale »; definita in questi termini, tuttavia, essa si identifica con il negozio giuridico bilaterale, nei confronti del quale il contratto avrebbe come elemento di specificazione quello della patrimonialità. Giuste, a questo punto, le critiche di SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in genere. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto*, in *Commentario del Codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1970, p. 18, che sottolinea l'inutilità ricostruttiva e sistematica di questa categoria.

situazione si innesta un patto tra questi due soggetti, mediante il quale l'uno rinuncia al fedecommesso, dietro immediata corresponsione della sesta parte della quota ereditata dell'altro. Se, tempo dopo la conclusione dell'accordo, nasce un figlio anche a colui che prima non ne aveva, si può impugnare l'accordo e rientrare in possesso della porzione ceduta?

La *lex* argomenta la risposta negativa al quesito, ammettendo in via eccezionale la validità di un patto stipulato *sub incerta conditione*, poiché stipulato tra fratelli ⁽⁶⁰⁾. L'accordo in questione non è altro che un patto di divisione ereditaria, concluso dalle parti in piena libertà e riflettente l'assetto di interessi che esse pensavano fosse migliore in quel momento, e che non può essere revocato per l'insorgere di un fatto sopravvenuto ⁽⁶¹⁾.

Il giurista medievale si pone altri quesiti e si dà altre risposte per arrivare alla medesima conclusione. Egli si chiede innanzitutto come sia possibile che le parti possano rimettere dei diritti che, stante la condizione insita nel fedecommesso, non sono ancora nella loro titolarità e disponibilità ⁽⁶²⁾. La soluzione degli *antiqui*, fondata sulla *ratio specialitatis* dei soggetti partecipanti all'accordo, non lo soddisfa, poiché necessariamente limitativa ⁽⁶³⁾.

Nasce così la diversa risposta dei glossatori:

«...et respondit legibus praeallegatis, quia non habet locum nec loquuntur in casu in quo loquitur lex ista, loquuntur enim in repudiatione, illa autem repudiari possunt, in quibus admitti possumus, si velimus, ut ibi dicit. Sed aliud est quando volo facere pactum de futuro debito, quia possum, ut dicit: repudiatio enim ex unius voluntate pendet tantum: in

⁽⁶⁰⁾ « Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conventionibus finitum est » (C. 2, 3, 1).

⁽⁶¹⁾ « ...pactum eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando, cum liberos Philinus non sustulerit, interpositum, non idcirco potest iniquum videri, quod facta (sicut placuit) divisione, diem suum (te filio eius superstite) defunctus est » (ibidem).

⁽⁶²⁾ « sed videtur quod illud fideicommissum relictum non potest remitti, quoniam fuit conditionale scilicet si filios non haberet. Ergo pendente conditione remitti non potuit, cum ad remittentem non pertineat, sicut dicitur in herede, et in legato... ».

⁽⁶³⁾ « Antiqui dixerunt, quod hic dicitur habet locum tantum inter fratres propter improbum votum captandae mortis. Tota die enim alius orabat et desiderabat quod frater suus moreretur sine liberis: et ideo admittitur inter fratres, non inter alios... » AZONE, *Lectura Codicis*, l. *Conditionis incertum*, n. 4.

pacto vero exigitur duorum consensus: ut patet per definitionem. Unde maioris efficacie est pactum quam repudiatio, et ideo aliud in pacto quam in repudiatione » (64).

L'itinerario argomentativo passa attraverso due momenti distinti. Il primo è dato dalla ridefinizione dell'ipotesi a base della *lex romana*. Questa considera non valido un qualsiasi accordo concluso *sub incerta conditione*; per il glossatore, al contrario, l'invalidità dell'ipotesi considerata procede dal contrasto con una serie di norme in materia d'eredità e di legati, e discende dal principio di indisponibilità di un diritto non ancora maturato.

Perpetrato lo stravolgimento della regola antica, il giurista medievale ha buon gioco nel costruire la propria, distinguendo fra disposizione per via unilaterale e per via bilaterale. La rinuncia unilaterale può così avere effetti solo se essa interviene su un diritto pienamente acquisito al patrimonio del rinunciante. È su questo punto che il patto dimostra la sua maggiore efficacia, dovuta esclusivamente al suo fondarsi sul consenso di due parti: esso può disporre anche per il futuro, modificando o estinguendo una situazione giuridica ancora di là dal completarsi (65).

Questa soluzione diviene opinione comune per tutto il corso dell'età della Glossa (66). Essa ci reca la sintesi delle caratteristiche

(64) AZONE, *Lectura Codicis, l. Conditionis incertum*, n. 5. Azone riporta questa interpretazione a Giovanni Bassiano.

(65) Un'interpretazione seguita fedelmente anche dalla GLOSSA « *te filio* », in *l. Conditionis incertum, C. de pactis*: « Sed videtur sex rationibus non valere hoc pactum. Primo, quia adhuc non competeat ius, cui renuntiabatur... Solve, in repudiatione loquuntur praedicta iura: sed pactum valet de futuro iure... et potest assignari ratio, quia pactum ideo valet de iure futuro, quia duorum consensu vallatur: ut ff. eod. l. prima § pactum. Sed repudiatio unius voluntate tantum. ».

(66) Possiamo ritrovarla negli stessi termini in ODOFREDO, in *l. Conditionis incertum, ff. de pactis*, n. 13: « Ad quod ita potest breviter responderi. Est differentia inter repudiationem et pactum: quia relicta sub conditione non possunt peti et sic non repudiari, ut infra leges contrariae scilicet pacto remitti sic ut hic et infra eodem l. cum proponas et... Si dicat aliquis qualis est ratio diversitatis? Responsio est ista. Pactum est maioris auctoritatis quam repudiatio, quia pactum consistit consensu duorum vel plurium, scilicet repudiatio sola voluntate repudiantis: nam pactum est duorum, ut ff. de pactis l. prima § pactum, repudiatio est ut ff. de pollicitatione l. pactum et nemini venit in dubium, quod fortius est quod sustentatur duobus quam quod uno... ».

che i glossatori evidenziano nel *pactum*, per come viene loro consegnato dalla nozione romana: la bilateralità e l'obbligatorietà. Se guardassimo a queste proprietà con l'ottica della moderna sistematica, esse si mostrerebbero talmente necessarie al concetto da rendere vacuo il discorrerne. Non a caso: il giurista moderno è abituato a foggiare in piena autonomia i suoi principi, partendo dai minimi caratteri omogenei delle morfologie che intende racchiudere in una data classe. Ovvio, pertanto, che la figura in base alla quale classificare i contratti debba esser provvista delle qualità specifiche comuni a tutte le varie specie considerate, quindi il loro concludersi fra due soggetti, che rimangono legati alle obbligazioni che il loro agire ha così prodotto.

Questa tautologia non esiste per il glossatore, che non è autonomo nel foggiare i tratti caratteristici del *pactum* in funzione delle figure che egli intende comprendere. L'interpretazione non si esercita qui riformulando i tratti della definizione romana, ma ponendone in evidenza taluni rispetto ad altri. In questo modo, la bilateralità determina il patto come figura generalmente capace di intervenire nel mondo delle situazioni giuridiche, laddove le fattispecie unilaterali, siano esse costitutive o semplicemente abdicative, sono valide a questo scopo solo in virtù di un espresso richiamo e comunque dotate di una minore latitudine d'effetti. Una tra le prove adducibili è che il giurista medievale procede da una concezione unitaria dell'atto bilaterale, mentre s'accontenterà di volta in volta della singolarità propria alle minute tipologie unilaterali di cui il testo romano è variamente disseminato, lontana da lui l'idea di una loro sintesi. Cosa non difficile da spiegare, alla luce di quella mutua definibilità tra i caratteri della bilateralità e dell'obbligatorietà della struttura, per come ci ha mostrato la riflessione dei glossatori sui patti taciti. Ogni disposizione di diritti si fonda, anche *lato sensu*, su una struttura bilaterale, salvi quei casi in cui un'espressa menzione della *lex romana* non la riconduca ad un'ipotesi unilaterale.

È chiaro, a questo punto, come i glossatori non evidenzino queste due caratteristiche ubbidendo ai dettami di una logica meramente formale. Esse rappresentano la trasposizione immediata delle esigenze dettate dall'*aequitas*. Nel suo essere fondato sull'accordo tra due soggetti, il patto è espressione del più giusto temperamento di interessi; nel suo essere obbligatorio, il patto viene

delimitato nella cifra della disposizione e si distingue pertanto da quegli accordi che, non conducendo ad un *vinculum iuris*, non possono costituire una prospezione equitativa.

La vicenda del *pactum*, colto nella sua prima dimensione, si gioca tutta sull'equilibrio fra queste due caratteristiche. Esse inducono una realtà che non riescono, tuttavia, a definire in una prospettiva tecnica. Una conseguenza immediata della configurazione del *pactum* come dato imprescindibile per i glossatori, la cui centralità è assicurata immediatamente dall'*auctoritas* del testo.

CAPITOLO II

IL PACTUM NELLA SUA DIMENSIONE GIURIDICA

1. Il pactum come esemplificazione del problema della qualificazione giuridica degli atti. — 1.1. Ratio facti e ratio iuris. — 1.2. L'inutile legalità dei moderni e la qualificazione giuridica medievale. — 2. La definizione delle invalidità provenienti dal profilo soggettivo. — 2.1. L'analisi casistica delle patologie soggettive. — 2.2. I tentativi di astrazione sistematica. — 3. *Segue*. Le invalidità dell'oggetto del patto. — 4. L'invalidità della struttura complessiva del patto. — 4.1. Mixta ratio. — 4.2. La causa pacti nell'analisi delle sue invalidità. — 4.3. L'enumerazione analitica dei momenti d'invalidità in Azone. — 5. L'impossibilità di riferire ogni patologia alla struttura generale. — 5.1. Le difficoltà di definizione del dolo come vizio del patto. — 5.2. I tentativi di razionalizzazione in Azone e nella Glossa Magna.

1. *Il pactum come esemplificazione del problema della qualificazione giuridica degli atti.*

1.1. *Ratio facti e ratio iuris.*

L'analisi del *pactum* condotta sino ad ora ci ha mostrato un concetto che assume una forte centralità sistematica all'interno delle dottrine dei glossatori, ma che, al contempo, rimane privo di un vero contenuto giuridico. Fintanto che si rimane sul piano della giuridicità fattuale, non si riesce a distinguere i termini sui quali si fonda l'efficacia del *pactum* nel mondo degli atti giuridici; esso si rappresenta, in questa dimensione, come un concetto autoreferenziale, che il giurista non è capace di definire altro che in sé stesso, legato alle esigenze dell'*aequitas*. Questa dipinge nettamente il patto nei tratti di un'immediata vincolatività del fatto dell'accordo fra due o più soggetti, ma è lungi dal descrivere un vero regime giuridico di qualificazione degli atti.

La miglior prova risiede nella scarsa argomentazione profusa dai

glossatori sul punto del momento di formazione del consenso. Il tentativo di discernere una procedura di conclusione del patto attraverso la *promissio* rappresenta, come abbiamo visto, un intervallo limitato nel tempo e non perspicuo nel significato all'interno dell'argomentazione dei glossatori. Questa, nella sua interezza, prescinde da una ricostruzione del consenso condotta a partire dai dati normativi, per lasciarla ad una consapevolezza puramente fenomenica, naturalistica. Da Piacentino ad Odofredo la minima sostanza del consenso non si rappresenta altro che nel suo essere « acceptatus »⁽¹⁾, senza che ciò sia riportato ad uno schema generale di formazione basato sulla compresenza tra proposta e accettazione, mancando ogni consapevolezza circa il ruolo della dichiarazione. Possiamo quindi dire che il patto sia, in questa sua prima dimensione, un oggetto di cui non si può dare una definizione in termini di struttura.

La *ratio facti*, nell'icastica diarchia della *Summa Trecensis*, è chiamata a verificare l'esistenza o meno di un accordo, non il modo seguito per stringerlo, né conseguentemente il momento in cui esso si conclude. Ogni problema relativo all'ammissibilità dell'accordo da parte dell'ordinamento e alla sua sanzionabilità da parte di questo giace, difatti, sulla prospettiva che abbiamo finora pretermesso: la *ratio iuris*.

« *In iure vero hoc animadvertendum est, ut pactum admittatur et admissum servetur* »: il semplice lessico di questa *Summa* trasforma il *pactum*, da oggetto chiuso nella tautologia indotta dalla prospezione equitativa, in un problema di relazione tra atto umano e sistema superiore di norme. Un terreno che sembra certo più consentaneo all'interprete, il che, tuttavia, porta con sé il rischio di appiattare la complessità medievale sulla linearità delle categorie d'interpretazione del moderno del diritto. La nettezza d'espressione con la quale la *Summa Trecensis* distingue tra *factum* e *ius* può condurre a vedere tale contrapposizione alla stregua di quanto si verifica negli attuali sistemi giuridici.

In questi la norma positiva è il termine superiore e unitario di

(1) « ... et certe pactum est consensus duorum vel plurium in idem dandum vel faciendum alteri ab altero placitum et consensus id est acceptatus consensus... ». ODOFREDO, in *l. Huius edicti, ff. de pactis*.

qualificazione degli atti: ad essa è affidato il compito di determinare quali fatti siano rilevanti per l'ordinamento, stabilendone i presupposti per l'esistenza. Restando nel campo di nostro interesse, è una legge che stabilisce quando un dato agire umano possa dirsi un contratto, dettandone le caratteristiche che lo portano ad essere riconosciuto da parte del sistema normativo. La legge opera in tal modo la statuizione di una serie di requisiti che — se integrati — portano ad una qualificazione del fatto, alla sua specificazione come contratto (2). Ad una valutazione successiva, operata sempre dalla legge, spetta lo stabilire se questo fatto particolarmente qualificato sia valido e produttivo d'effetti.

Possiamo riconoscere nello *ius* dei giuristi medievali una siffatta dimensione totalizzante? Talune testimonianze paiono andare in una direzione consimile:

« Id quod fieri cum iuris effectu solet, si lege prohibente fiat, irritum est tam ipsum quam aliud exinde vel ob id secutum... » (3).

Un testo che certo colpisce l'interprete per la generalità della regola espressa, altrimenti sconosciuta allo stile dei glossatori (4). Considerato in sé, lo schema che ne risulta non ammette eccezioni di sorta: ogni qual volta si voglia raggiungere un determinato effetto giuridico ciò può avvenire soltanto non contravvenendo alle prescrizioni della legge. Le *Questiones de iuris subtilitatibus* sembrano accontentarsi di questo requisito e — non limitando il *dictum* ad una classe specifica di atti — appaiono consegnare la sostanza di un principio valido generalmente. Nel nostro caso, tutte le volte che una determinata manifestazione di volontà contrattuale viene a collidere

(2) La distinzione tra nullità e inesistenza del contratto è oggetto recente di studi preso la dottrina di diritto positivo. Si veda a questo proposito G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983 e V. MARICONDA, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale. I contratti in generale. IV. Effetti, invalidità e risoluzione del contratto. Tomo I*, pag. 355 ss., Torino, 1991. Si veda anche R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)* in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972.

(3) QUESTIONES DE IURIS SUBTILITATIBUS, XXV, *de conditione ob turpem causam*, ed. G. ZANETTI, Firenze, 1958.

(4) Il CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 213, rivendica al passo sopra riportato il merito di darci « il succo della teoria degli atti illeciti ».

con uno solo di questi termini prescrittivi, essa cade e non produce effetti.

È questa la lezione che sembra provenire da un altro testo, appartenente agli stessi tempi della *Summa Trecensis* e delle *Questiones de iuris subtilitatibus*, il quale si esprime in termini ancora più generali:

« De legitimis actibus, puta contractibus, lex ista loquitur, qui, quoniam de lege sortiri debent effectum, si contra eam fiant, merito effectum carere pro infectisque nec non inutilibus debent haberi »⁽⁵⁾.

Allo stesso modo che nelle *Questiones* qui si costruisce un concetto generale di atto conforme a legge, non restringendo il discorso ai soli contratti; di poi si chiarisce che ogni effetto proviene come tale dalla previsione di legge; da ultimo si sancisce la totale nullità di tutti quegli atti contrari al precetto normativo, stabilendo che essi debbono ritenersi inutili ad ogni effetto, e che si deve elidere ogni conseguenza comunque da loro provocata.

Fino a che restiamo fermi all'analisi della *regula*, della petizione di principio, il quadro che stiamo delineando rimarrebbe fermo nella sua cristallina proporzione. Se però estendiamo il nostro sguardo al momento di contestualizzazione di questa *regula* posta così rigidamente, ci si apre d'improvviso un panorama completamente diverso. Leggiamo, ad esempio, la *Summa Codicis* di Rogerio, autore di quelle *Enodationes* di cui abbiamo appena riportato il ferreo *dictum*:

« Restat igitur quod contra rationem iuris intelliguntur esse pacta aut propter personam aut propter rem. sunt alia pacta quae non sunt contra

(5) ROGERIO, *Enodationes questionum super Codice*, § 7, ed. in KANTOROWICZ-BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the roman law*, London, 1938 (r.a. Aalen 1969, riveduta da P. WEIMAR). Il KANTOROWICZ lo data a prima del 1160, per relazione alla data da lui attribuita alle *Questiones de iuris subtilitatibus*, per la redazione delle quali sarebbe servito. È appena il caso di ricordare come le *Questiones* sarebbero, per questo autore, frutto di incerto allievo di ROGERIO (forse PIACENTINO) il quale sarebbe, per sua parte, il vero autore di quella *Summa Trecensis* che il FITTING attribuisce ad IRNERIO. La questione filologica non ci interessa: basta a noi poter classificare questi testi nel medesimo ambito cronologico, a dimostrare come la teoretica dei *legitimi actus* sia stata appannaggio specialmente della *prima aetas* del periodo dei glossatori.

rationem iuris, tamen alia ratione dicuntur inutilia, veluti quia ius non assistit illis pactis. veluti si aliquis promisit alium daturum vel facturum, inutile est hoc pactum » (6).

Quel nesso tutto formale di corrispondenza tra agire del privato e dettato dello *ius* si scioglie in un significato assai diverso, attraverso la consapevolezza che il non essere *secundum ius* di un patto, non rende questo necessariamente *contra ius*. La prospettiva si muta nettamente, consentendoci di valutare il pensiero dei glossatori sulla relazione tra patto e legge in termini assai differenti da quelli cui sinora si è alluso.

Potremmo essere tentati dal ricondurre anche questa costruzione allo schema di una univoca legalità, riducendone il senso sulla dialettica tra *mens* e *verba legis*, o attribuendone l'edificazione ad un diverso modo di intendere il rapporto tra *aequitas* e *rigor iuris*. Tutti argomenti propri dei glossatori, ma che ci fermerebbero alla superficie del problema, non potendo noi spiegare perché, in un dato momento, la *ratio* subentri al *dictum* romano, né i motivi che presiedono a questo mutamento, né tampoco il modo in cui questo processo si sviluppa (7).

1.2. *L'inutile legalità dei moderni e la qualificazione giuridica medievale.*

Il punto è un altro: il tipo di relazione completamente definito nella cifra della legalità, in cui alla norma superiore si affida ogni valutazione possibile sull'esistenza e ammissibilità del negozio entra immediatamente in crisi una volta calato nel vivo della cultura

(6) ROGERIO, *Summa Codicis*, II, 3, *de pactis*, cit. n. 15.

(7) Il vizio, in realtà, risiederebbe proprio nell'assumere una cesura, improvvisa quanto indimostrata, nell'esperienza storica della glossa, distinguendo un periodo del *rigor* ed uno dell'*aequitas*, laddove questi sono null'altro che i termini in cui si dibatte il giurista medievale nella sua lotta per conquistare al testo da cui non può prescindere un significato valido per i tempi in cui opera. Non esiste glossatore meno legato di un altro al sistema concettuale del *Corpus Iuris*. L'evoluzione che ci si delinea in questi pochi passi è il risultato dell'evoluzione delle tecniche di indagine sul testo, dell'accrescersi del lessico, del complicarsi delle architetture: in una parola, dello sviluppo del sistema.

giuridica medievale. Ne possiamo avere immediata riprova leggendo il seguito del passo di Rogerio:

« Sed haec pacta quae inutilia sunt hac ratione quod ius non assistit illis, aut ius non assistit favore inspecto, aut odio. Favore, veluti si quis promisit se aliquam ducturum uxorem, alioquin poenam... Odio, veluti si quis convenit ne furtum faceret, et si faceret promisit poenam. Nec valet conventio, nec promissio... Si vero sunt inutilia, hac sola ratione quod ius non assistit, nullo inspecto favore aut odio, veluti si convenit alium daturum vel facturum, alioquin poenam, quamvis non valeat conventio, tamen valet pene petitio... ».

Taluni *pacta* non sono ammessi dalla legge perché posti a tutela di qualcosa che è contro la *iuris ratio*: è il caso del patto con cui si promette una penale nel caso sia violata la promessa di non commettere un furto, nulla poiché, ammettendola, ci si potrebbe liberare dall'obbligo di non commettere delitto pagando una somma. Altri sono parimenti invalidi onde garantire il rispetto di un'altra norma, che finirebbero per violare, pur non essendo questo il loro scopo immediato: è il caso del patto con cui si promette di sposare una determinata persona, che non può essere munito di clausola penale in ossequio alla libertà del volere, requisito essenziale per la validità del vincolo matrimoniale ⁽⁸⁾. Una distinzione estremamente raffinata, nella quale si può cogliere la lucidità tecnica, prima che una ridefinizione del concetto di *aequitas* o di *strictum ius*.

Vi sono poi casi in cui non ricorre né l'una né l'altra ipotesi. *Nullo inspecto favore aut odio*, nella evocativa terminologia di Rogerio: il patto è quindi valido, ma non produce effetti azionabili in giudizio. Il termine di riferimento si sgretola, indicando degli spazi per l'ammissibilità di un accordo che rimanga fuori da ogni valutazione da parte della *lex* ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ «...favore matrimonii dictum est, quia libera debent esse matrimonia tam in contrahendo quam in dissolvendo ». ROGERIO, *Summa Codicis*, II, 3, *de pactis*, n. 15.

⁽⁹⁾ « Quaedam sunt alias inutilia quia ius eis non adsistit. Horum pactorum quia quia ius eis non assistit. Quaedam fiunt inutilia propter subiectam poenam, ut si quis primo stipulatur alii, postea sub poena stipuletur sibi, si non detur illi: valet quidem in pacto poena, non ut agatur ex ea, sed metu sequentis poenae aliquando patetur ei. Quaedam sunt inutilia, ita ut nec poena subiecta valeat vel firmet ea. Hoc fit alias favore,

Azone, affrontando lo stesso tema dei patti che importino una penale per l'inadempimento dell'obbligazione indotta dal negozio principale, esprime il pensiero che fu di Rogerio con termini per noi ancora più indicativi:

« ...prima recipit bona distinctionem, quia quando promittitur aliquid, quod est secundum legem, tunc agitur omnino ad poenam, quando vero contra legem...et tunc nullo modo agitur ad poenam. [...] Si vero stipuler, quod est praeter legem, hoc est quod neque lex approbat neque improbat, inutilis quidem est stipulatio, sed petitio poenae locum habet... » ⁽¹⁰⁾.

Rogerio esprimeva la limitata valenza di ipotesi di *pactum* totalmente invalide per il dettato del testo romano indagando sul *favor legis*, cioè in una prospettiva che, almeno formalmente, non toccava il punto del rispetto alla lettera di questa; Azone non ha più di questi scrupoli e parla di fattispecie che, non comprese in alcuna relazione ostativa con la legge romana, pure producono effetti. La soluzione azoniana circa la mutua validità dei patti accessori sarà fatta propria dalla Glossa ⁽¹¹⁾.

Questi primi dati sono in sé sufficienti a intorbidire lo specchio trasparente della legalità dei moderni, comunicandoci l'inadeguatezza di una relazione univoca di valutazione da parte della legge di fronte alla complessità della struttura medievale. Un fenomeno determinato da più fattori, fra i quali è opportuno citare innanzitutto la pluralità dei tessuti normativi, segno distintivo del medioevo. Dietro lo *ius* dei glossatori, difatti, si individua un universo di norme composto, oltre che di *lex*, anche di *aequitas*, *natura*, *boni mores*, che non si lascia ricondurre ad una artificiale unità:

alias odio. Favore puta siquis pepigerit se ducturum uxorem aliquam, et subiecerit poenam, nec prima nec secunda tenet promissio: quia matrimonia regulariter vinculo poenae astringi non debent. Odio, puta siquis stipuletur ab aliquo quod furtum faciat, et si non fecerit stipuletur poenam, certe ne una quidem stipulatio tenet... ». PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

⁽¹⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis*, VIII, *de inutilibus stipulationibus*, n. 12.

⁽¹¹⁾ GLOSSA « *contra bonos mores* » ad l. *Pacta quae contra leges*, C. *de pactis*: « ... Et distingue hic, quia pacta alia secundum legem, et tunc valet principale et accessorium... alia contra legem et tunc neutrum valet, neque principale, neque accessorium... alia praeter legem, et tunc accessorium valet, et non principale... ».

« Item quaedam pacta sunt inutilia, quaedam vero turpia, ut de homicidio faciendo. Quaedam non honeste interposita ut de haereditis instituendis... » (12).

Nell'esperienza giuridica moderna l'unicità della norma di validazione è una delle cause concorrenti nel rendere l'unitarietà della relazione che lega atto privato e ordinamento superiore. In un ambiente necessariamente pluralista, com'è quello medievale, il quadro non può che palesarsi diverso, il che induce una differente concezione delle relazioni che legano l'atto del privato alla costellazione di norme chiamata a dargli ingresso nel mondo dei fenomeni giuridici.

In questa considerazione si innesta l'altra discrasia fondamentale tra il moderno schema di legalità, quale abbiamo prima descritto, e la concezione dei glossatori circa il rapporto di validazione tra norma superiore e atto del privato. Nel primo, all'assolutismo della legge come precetto positivo di un ente superiore è delegato ogni aspetto della qualificazione giuridica del fatto: esistenza, validità, tutela.

La rappresentazione dei giuristi medievali, per contro, affida ogni giudizio circa l'esistenza o meno del patto al diverso piano dell'*aequitas*, della giuridicità fattuale. La qualificazione che si può operare partendo dai dati normativi offerti tanto dal *Corpus Iuris*, quanto dagli ambiti della *natura* o dei *boni mores*, interviene in un momento successivo, a carico di un oggetto che costituisce di già una presenza nel mondo dei fenomeni giuridici.

Una realtà che traspare nettamente dalla trama offerta dai passi sopra riportati. Rileggendoli per un attimo, possiamo difatti riscontrare come l'analisi condotta da Rogerio e da Azzone non abbia mai ad oggetto un concetto indeterminato di *pactum*, un modello generale costruito a partire dall'elemento *in iure*.

(12) PIACENTINO, (*Summa Codicis, de pactis* cit.) mostra in tal modo l'impossibilità di ridurre su un unico tessuto normativo la *ratio* dell'illiceità di taluni accordi. Gli insiemi normativi diversi da quelli individuati nella *lex* sono comunque percepibili in termini oggettivi, per il diritto comune. Così la GLOSSA sui *boni mores*: « Contra bonos mores. Scilicet communes, non ipsius, qui fecit... » (GLOSSA « *contra bonos mores* » in *l. Pacta quae contra legem, C. de pactis*, cit.).

Nel tratteggiare le ipotesi di patto non sorretto dallo *ius* Rogerio prende spunto dallo stesso caso specifico — il patto con cui si prometta una somma a titolo di pena per l'inadempimento di un obbligo principale — per stabilirne di volta in volta la validità⁽¹³⁾. Azone segue lo stesso modo di procedere. Questa prospettiva è in realtà propria anche delle *Questiones de iuris subtilitatibus*. Infatti, dopo aver posto la *regula* nei termini che già abbiamo visto, l'autore così esemplifica:

«...ut si nuptiae fiant iure prohibente, ne dos quidem vires habet, et dos utique aliam ob causam constitui non potest nisi ob matrimonium. que vero certam causam non habent unam, set potius multas ob causas interponi solent, veluti per stipulationem promissio.»⁽¹⁴⁾.

Il patto con cui si promette una somma a titolo di dote è invalido tutte le volte in cui lo sia la fattispecie dalla quale necessariamente dipende, il matrimonio. L'intima relazione tra questi due atti fa necessariamente decadere quello dipendente nel momento in cui si riconosce inammissibile il principale. Il testo contrappone questo caso con quello del patto di eguale oggetto che acceda ad un contratto in cui non si può riconoscere *ex ante* un determinato contenuto obbligatorio, perché esso può in astratto averne di diversi. Non a caso le *Questiones* rendono l'esempio sulla *stipulatio*, il negozio dotato del più alto grado di astrazione tra quelli del diritto romano, passibile di rivestire ogni più varia materia. Per come si vede, la questione sull'ammissibilità del patto prende quindi ad oggetto l'assetto negoziale concretamente realizzato in ciascuna delle ipotesi considerate singolarmente, piuttosto che tracciare le caratte-

⁽¹³⁾ Occorre sottolineare come, in questa ipotesi, siamo ancora nell'ambito della piena tipicità romana: in questa forma, difatti, il patto è accessorio ad un contratto tipico. La teoria degli atti illeciti tanto cara a CALASSO non conduce di per sé all'eversione della struttura antica.

⁽¹⁴⁾ QUESTIONES DE IURIS SUBTILITATIBUS, XXV, *de conditione ob turpem causam*, ed. G. ZANETTI, cit. La nostra opinione si rafforza se si osserva l'edizione del FITTING (*Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin, 1894) che riporta: « quae vero certam causam non habent, causam non habent unam, set potius multas... ». Una iterazione che porta qualche dubbio alla tesi espressa dal CALASSO (che cita l'edizione più moderna, *Il negozio giuridico* cit. pag. 216).

ristiche che il patto deve generalmente possedere per essere riconosciuto per tale.

2. *La definizione delle invalidità provenienti dal profilo soggettivo.*

2.1. *L'analisi casistica delle patologie soggettive.*

Il giudizio che la legge dei moderni rivendica integralmente a sé per stabilire l'esistenza, la validità e l'efficacia di un accordo si ripartisce così in ambiti diversi nel diritto dei glossatori. Al solo piano della giuridicità fattuale, dell'*aequitas*, compete lo stabilire quando un fatto umano sia definibile come *pactum*. I minimi termini in cui questa nozione si dipinge sul piano fattuale restano, pur tuttavia, gli unici presenti al giurista medievale, che non ha bisogno di replicarli sul piano dello *ius* in senso proprio. Lo *ius* dei glossatori, a differenza di quanto accade nel moderno schema di legalità, non determina i *requisiti* del *pactum*, le caratteristiche di struttura che esso deve necessariamente integrare per assurgere ad una minima sostanza giuridica. Su questo piano, nella disamina che sinora ci ha occupati, trova luogo una stima che si effettua a carico della fattispecie concreta di *pactum*, peculiare e diversa rispetto ad altre formulate secondo lo stesso modello astratto, dando luogo ad una relazione che possiamo definire di validità.

Essa dà luogo ad una prima fra le possibili *distinctiones* che il giurista medievale adopera a proposito del *pactum*, che può così essere *utile* come *inutile*, a seconda che ricorra o meno una ipotesi di inammissibilità fra quelle indicate dall'ordinamento ⁽¹⁵⁾.

Questo giudizio presuppone l'esistenza del *pactum* per il sistema giuridico, ponendosi necessariamente come momento posteriore alla qualificazione che avviene sulla dimensione *in factum*. Allo stesso modo, asserire l'*utilitas* di un patto non significa affermarne l'azionabilità, la piena efficacia ai termini dell'ordinamento. Il problema

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di Storia del diritto*, I, 1957, p. 31 (ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984).

della tutela degli effetti disposti dal *pactum* viene sempre posto dai glossatori come una questione distinta rispetto all'*utilitas* ⁽¹⁶⁾.

Considerata all'interno degli apparati dei glossatori, questa dimensione accoglie quelle ipotesi cui odiernamente si riserva il nome di patologie del contratto. Una definizione, questa, sommamente rivelatrice dell'ortogonia sistematica delle esperienze attuali, nelle quali la legge pone un modello generale di contratto che non assume tuttavia solo il ruolo di archetipo concettuale, ma che è, pur nella sua minima sostanza, un istituto atto a produrre effetti. Il contratto dipinto dall'articolo 1321 del Codice civile è, quantomeno dal punto di vista della legge positiva, un istituto immediatamente operante sul piano dei rapporti giuridici. I vizi che possono affliggerlo vengono così ricostruiti in stretta aderenza agli elementi propri della fattispecie minimale e come tali riferibili a ogni ipotesi concreta sviluppata a partire da questa.

Nello studio delle patologie si riversa quindi la percezione dei requisiti essenziali del contratto come figura generale: la struttura del consenso nel suo essere libero e consapevole; la liceità e possibilità dell'oggetto; la conformità a diritto del regolamento di interessi perseguito dalle parti ⁽¹⁷⁾.

Occorre ora verificare se le dottrine del diritto comune classico contengano questa perfetta corrispondenza tra elementi del contratto e patologie. L'esposizione della *Summa Trecensis* potrebbe essere intesa in questo senso. Essa distingue, difatti, tre aspetti in

⁽¹⁶⁾ Una diversità di piani che si può agevolmente scorgere dalla lettura della SUMMA TRECENSIS: « Si vero ea omnia non obstant immo concurrent, admittitur pactum tum ad agendum tum ad defendendum.... » (II, 3, *de pactis*, r. 17.) Il *pactum* valido *ad agendum* è il contratto; quello valido *ad defendendum* rimane nei termini del *pactum nudum* romano, valido solo a produrre eccezione.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973. Invalidità e requisiti del contratto costituiscono due lati del medesimo problema definitorio, come nota R. SACCO in *Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO*, 10, *Obbligazioni e contratti*, t. II, p. 133: « ...chi guarda al negozio come ad una struttura da analizzare non avrà dubbi nel far combaciare la definizione del negozio con la definizione della struttura necessaria per l'esistenza della fattispecie; ma poi si scontrerà con la figura del negozio annullabile; e allora lo ricomprenderà fra le fattispecie negoziali esistenti, valide, efficaci, produttive di effetti (o escluderà dall'ambito delle fattispecie negoziali esistenti, valide, efficaci, produttive di effetti), a seconda della nozione di fattispecie negoziale esistente, valida, efficace, produttiva di effetti, ecc., che avrà assunto come modello.

virtù dei quali un patto può non essere ammesso dall'ordinamento:

« ...ut autem admitti possit, merito delectus habetur tum in personis, tum in rebus, tum mixtim. » ⁽¹⁸⁾.

Soggetto e cosa: questi i due termini principali in cui si distingue la percezione dei vizi che possono interessare il patto. Conviene esaminarli partitamente, seguendo per ciascuno di essi gli esiti che saranno, per vie spesso tortuose, raggiunti dagli autori successivi e accertare se essi costituiscano degli elementi del *pactum*. Sul primo termine — la *persona* — si riuniscono le caratteristiche relative al profilo soggettivo del *pactum* che possono condurre l'ordinamento a respingerlo:

« Persona ea esse debet, ut consentire possit et suarum rerum amministrationem habeat et neque natura neque iure excludatur. Furiosum quidem natura excludit. Pupilli vero et hii quibus bonorum amministratio a pretore interdicta est iure repelluntur, et si qui sunt similes. » ⁽¹⁹⁾.

L'opera distingue diverse ipotesi sul profilo soggettivo, sulla base di un'antinomia tra *natura* e *ius*, riproponendo in tal modo quella diarchia tra fatto e diritto che abbiamo visto usare sul terreno della qualificazione del patto. Sul primo piano sono riuniti i casi di quei soggetti assolutamente sprovvisti di una capacità a esprimere il consenso, significativamente esemplificati sulla figura del *furiosus*. Il secondo comprende quelle figure che, pur essendo naturalmente capaci di una volontà, vengono tuttavia esclusi dalla capacità a porre in essere un patto da una norma del *Corpus Iuris*, come nel caso del pupillo.

La semplice architettura della *Summa* sembra tracciare nettamente le linee della capacità negoziale, sulla base di due criteri. L'uno è dato dalla capacità naturale a esprimere il consenso; l'altro dalla piena titolarità del potere di disposizione delle situazioni giuridiche oggetto del *pactum*. In questi termini, l'opera ci consegna

⁽¹⁸⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., r. 20-21.

⁽¹⁹⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., r. 22-25.

l'abbozzo di un principio assoluto, valido a ricomprendere ogni possibile realtà specifica di patto. Questa costruzione traccia, in tal modo, le linee di una figura generale di soggetto capace di agire, che possa imporsi verso tutte le singole figure contrattuali, dettando così una tipologia di vizi tale da poterle riguardare tutte, prescindendo dal loro contenuto normativo. Essa, tuttavia, mostra ben presto i primi segnali di crisi.

La *Summa Codicis* di Rogerio, infatti, accetta integralmente la diarchia tra *natura* e *iure*, accrescendo meticolosamente la varia folla d'incapaci per natura, un lato la cui ricostruzione non cambia rispetto all'elaborazione della *Summa Trecensis* ⁽²⁰⁾. Le differenze rispetto a questa si possono però notare sul profilo *in iure*:

« Iure prohibentur, ut pupilli, prodigi, quibus administratio bonorum interdicta est, et servi. Sunt et alii qui alicubi admittuntur, in quodam casu prohibentur, ut filii familias, et mulieres. Filius familias, si accepit mutuum pecuniam contra Senatusconsultum Macedonianum, mulieres, ut si interdicitur pro aliquo » ⁽²¹⁾.

Il principio della libera potestà di disposizione sul proprio patrimonio patisce qui due limitazioni, che non sembrano tuttavia giustificate da una particolare *ratio* sistematica. La prima riguarda il *filius familias*, per il solo caso in cui contragga un mutuo; la seconda il caso della donna che dia garanzie per altri. Fermiamoci sulla prima ipotesi, particolarmente interessante ai nostri fini. Rogerio qui ribadisce la validità della regola per cui il pupillo non può concludere un patto che lo costituisca in obbligazione, né avvalersi di esso per respingere l'eccezione avversaria ⁽²²⁾. Una specifica classe di contratti conduce però a una soluzione diversa:

⁽²⁰⁾ « Persone etiam distinguende sunt que admittuntur ad paciscendum. Nam ea persona est admittenda cui non est prohibita administratio suarum rerum. Nam quedam prohibentur natura, quedam iure prohibentur. Natura ut infantes, furiosi, mentecapti, et omnes quibus naturalis sensus deest. » ROGERIO, *Summa Codicis*, II, 3, *de pactis*, n.7.

⁽²¹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽²²⁾ « nam pupilli, prodigi, paciscendo se aliis non possunt obligare, vel suam intentionem exceptione elidere. Alios vero sibi possunt obligare, vel suam fundare intentionem et aliorum intentionem exceptione elidere. » ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

«...sed si pupillus accipiat mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, si locupletior inveniatur, quamvis de rigore iuris non obligetur, tamen interpretatione iurisconsulti, actio in eum dari invenitur. Idem est in omnibus contractibus qui re contrahuntur.»⁽²³⁾.

Rogério è ben lungi dal ricostruire una *ratio* che giustifichi lo sviamento della regola, indicando una particolare capacità d'agire del soggetto con riferimento a questa categoria specifica di atti. Ricomprendendo questa ipotesi, egli si rifà esclusivamente al dato offerto dal testo romano, che concede azione contro il pupillo che abbia preso a mutuo una somma senza autorizzazione del tutore, quando il contratto non gli abbia recato pregiudizio. Più che porre un principio, per poi dettarne le eccezioni, il glossatore pone qui sullo stesso piano le due serie di norme che egli ricava necessariamente dalla stessa fonte: tanto quelle che inibiscono il pupillo dal disporre dei propri beni, tanto l'altra che garantisce al creditore azione contro di lui⁽²⁴⁾.

2.2. *I tentativi di astrazione sistematica.*

Questa struttura di argomentazione è particolarmente visibile in Piacentino. Anche qui abbiamo l'apparente posizione di una regola centrale e assoluta:

«Pacisci potest pubes, mentis compos, iure non vetitus, ut prodigus furiosus, qui sane necdum contra se, sed nec pro se pacisci valent.»⁽²⁵⁾.

Essa viene tuttavia affiancata dalla menzione di una serie di casi che hanno una soluzione diversa:

«Sunt aliqui qui aliquando rite paciscuntur, ut pupilli etiam sine

⁽²³⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽²⁴⁾ È significativo, sotto questo profilo, il seguito dell'argomentazione di ROGERIO: «Quarum personarum quaedam sunt que sibi suo pacto non possunt prodesse vel nocere, tamen aliis possunt prodesse et nocere.» Si dispiega da qui l'enumerazione delle ipotesi in cui il fatto di un soggetto *alieno iure* porta degli effetti alla sfera patrimoniale del *dominus*. Un problema, questo, che, più che essere attinente a un concetto generale di capacità d'agire, prende spunto dalle singole strutture contrattuali considerate.

⁽²⁵⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

tutoribus, contra se minime: nisi cum tutoribus hoc est ut obligentur civiliter, nisi locupletiores facti fuerint, vel pubertati proximiores extiterint. Sane pupilli si sapiunt, paciscentes semper vel naturaliter obligantur, nisi cum tutore contraxerint... Porro ex quasi contractu etiam infantes civiliter obligantur... licet alias obligentur si contrahant, si tamen mutuum accipiant, regulariter non urgentur » (26).

L'esposizione di Piacentino è certo più confusa di quella di Rogerio e, proprio per questo, maggiormente indicativa della crisi cui va incontro la facile diarchia tra le incapacità determinate dalla *natura* e quelle poste dallo *ius*. Del primo di questi due termini, difatti, non si fa più menzione: le incapacità per *natura* scompaiono all'interno della statuizione positiva della regola principale, che ammette al patto il soggetto sulla base dei tre requisiti dell'età, della sanità di mente e del non essere inibito a ciò dai divieti derivanti dallo *ius*. Quanto a questi ultimi, Piacentino ne dà una configurazione diversa rispetto a Rogerio. Egli attribuisce ai pupilli quasi una capacità generale a porre in essere patti che li vedano parti privilegiate, cui si contrappone la necessaria presenza del tutore nei casi in cui il patto possa portare detrimento alla loro situazione patrimoniale. Il criterio del distinguere muta nettamente, passando da una rappresentazione centrata sulla legittimazione del soggetto ad una che si fonda sul diverso grado di sanzionabilità degli effetti del *pactum*. Su questa base si costruisce l'abbozzo di una graduazione delle ipotesi di patto concluso dal pupillo, in virtù della diversa efficacia che l'ordinamento riconosce loro.

Il pupillo, così, può sempre obbligarsi *naturaliter*, tutte le volte in cui sia dotato di maturità sufficiente per contrarre, laddove per obbligarsi *civiliter* occorre la presenza partecipe del tutore (27). Nel solo caso in cui contragga un mutuo il pupillo si obbliga pienamente, pur con la possibilità di non essere compulsato dall'azione avversaria.

La distinzione di Piacentino è certo frammentata e incompleta, pure ci mostra la difficoltà del giurista medievale di ricondurre ad

(26) PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, loc. ult. cit.

(27) Si può comprendere in questi termini il riferimento ai quasi-contratti, per i quali il pupillo si obbliga sempre e comunque *civiliter*, il che sarebbe altrimenti eterodosso.

uno schema verticale, fatto di principi ed eventuali eccezioni, l'allusionalità dei precetti contenuti nel *Corpus Iuris*. È così che quella realtà che la *Summa Trecensis* tentava di ridurre in una prospezione architettonica, si frammenta nei giuristi più tardi in un pensiero più complesso, fondato sulla consapevolezza che la capacità a disporre per mezzo del *pactum* è governato da un sistema di norme fra loro parallele e complanari. Dal concorso di queste risulta, caso per caso, la regola valida a qualificare una determinata ipotesi concreta.

Della diarchia tra incapacità procedenti dalla *natura* e dallo *ius* non vi è più traccia in Azone:

« Et quidem pactum inutile est ratione paciscentis ut si fuerit furiosus, nam expressim consentire non potest... sed nec tacite. Si autem fuerit pupillus qui paciscitur si sit capax intellectus ut saltem naturaliter se obliget et pactum valet »⁽²⁸⁾.

Il *furiosus* non costituisce più l'esempio principe dell'inabilità derivante da *natura*, bensì l'ipotesi della più lata incapacità possibile a obbligarsi mediante un patto, propria di chi è fisicamente incapace di esprimere un consenso qualsiasi. Nella graduazione azoniana, il pupillo occupa il secondo posto, poiché può di norma obbligarsi solo *naturaliter*, capacità che è attribuita anche al prodigo.

Azone descrive sullo stesso criterio la posizione del soggetto pienamente capace:

« Adultus vero si curatorem habet prodigo similis est. Si vero curatorem non habet obligatur ex communi causa civiliter et naturaliter ».

Un'espressione che può sembrarci inutilmente contorta; essa, al contrario, ci dimostra di come il tentativo di Azone sia definitivamente teso a ricomprendere in un'astrazione sistematica le varie tipologie di invalidità soggettive contenute nel testo romano. Il giurista non riesce a porre una gerarchia tra queste norme, ponendo quelle di contenuto più generale (tali perché, ad esempio, inibiscono ad un soggetto qualificato come *pupillus* una serie indefinita e potenzialmente infinita di atti) come sovraordinate rispetto a quelle

(28) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

di contenuto più specifico; al fine di ricondurre la sparsa moltitudine di precetti in unità di sistema, l'unica possibilità è quella di costruire una graduazione tra le ipotesi sulla base della diversa latitudine degli effetti da esse prodotti. La *Summa* azoniana rappresenta, sotto questo profilo, l'esito di un processo lento e discontinuo che mostra l'impossibilità per i glossatori di enucleare un principio unitario in materia di capacità delle persone, in grado di affermarsi sulla specificità delle singole strutture contrattuali. Possiamo trovare un riscontro a ciò esaminando la soluzione di Azone sul punto del pupillo che conclude un contratto di mutuo:

« Plane filiusfamilias ex omni causa paciscitur praeterquam in mutua pecunia... scilicet in mutua pecunia quidem obligatus est civiliter et naturaliter... »

Il dettato del testo romano che conferisce azione contro il pupillo veniva trattato da Rogerio come una *fallentia*, un'eccezione rispetto al più generale contesto riguardante la capacità negoziale del soggetto sottoposto a tutela, malgrado non se ne percepisse la *ratio*. Azone ne fa l'ultimo e più specifico intervallo della sua scala, dando definitivamente ingresso alla struttura del regolamento contrattuale fra i dati che contribuiscono a delineare la capacità negoziale. Si verifica, tuttavia, l'impossibilità di avere nel *pactum* un concetto superiore e unitario dalle cui caratteristiche inferire la struttura delle patologie; una nozione la cui generalità sia in grado di imporsi alla specificità delle singole morfologie contrattuali consegnate dal testo romano.

3. Segue. *Le invalidità dell'oggetto del patto.*

Il percorso che abbiamo esaminato dimostra come il giurista medievale non possa porre autonomamente un principio che fondi la questione della capacità su basi antropologiche, desunte dalla fenomenicità della vita umana. Osta il vincolo che lo lega al testo romano, sua unica fonte di autorità, che fa conto su una pluralità di soggetti giuridici, dotati di un diverso grado di capacità di agire. Il giurista ha quindi la sola possibilità di desumere dalla varia messe di norme riguardanti *furiosi*, *pupilli*, *filiifamilias* e quant'altri siano

dotati di uno *status* particolare le regole che governano la capacità a porre in essere atti efficaci e rilevanti, cercando di riferirle al tessuto del *pactum*, del concetto cui la dimensione fattuale assegna la primazia fra gli atti di volontà.

Un meccanismo di induzione che non procede dalla preminenza del soggetto, ma che si basa sulla centralità dell'atto di disposizione, per come è agevole vedere nel complicato evolversi delle dottrine che abbiamo appena esaminato. L'antitesi tra l'obbligarsi *naturaliter* e *civiliter* governa integralmente — quantomeno nei glossatori dal più maturo lessico — la distinzione dei diversi casi di incapacità, misurandola direttamente sugli effetti che il singolo atto di disposizione può produrre, al variare della capacità dei soggetti che li hanno posti in essere. La percezione dei vizi che possono riguardare la *persona* non conduce pertanto a ricostruire la figura del soggetto come elemento del patto, ma come condizione della sua validità⁽²⁹⁾.

Se fosse vero il primo caso, dovremmo avere per verificati due presupposti: l'unitarietà del soggetto giuridico come soggetto capace di contratto; la stretta deduzione dei vizi dalle caratteristiche attribuite al soggetto dall'ordinamento. Il primo presupposto non ricorre, poiché manca la ricostruzione di una norma unica che possa configurarlo; tampoco il secondo, perché tutte le ipotesi di incapacità considerate dai glossatori vengono considerate nei termini di un contrasto con insiemi di norme che non è possibile ricomporre in unità e di cui il giurista non si occupa di ricercare la *ratio*.

Parlando di condizione di validità, al contrario, si intende mettere in evidenza come la descrizione dei vizi non si traduca nella percezione degli elementi strutturali di una nozione generale di patto. Possiamo averne conferma analizzando il secondo insieme di cause d'invalidità del *pactum*, quello individuato nella *res* dalla

⁽²⁹⁾ La dottrina moderna costruisce sempre una nozione *positiva* di capacità d'agire, seguendo in ciò gli esiti della concezione unitaria del soggetto giuridico, malgrado essa rilevi *negativamente*, come fatto impeditivo, tra gli elementi della fattispecie. L'unica voce che intese tradurre tale rilevanza in una concezione strutturalmente negativa della capacità d'agire, per misurarla sul concreto della struttura negoziale, piuttosto che a partire da un modello astratto fu quella di S. SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung insbesondere bei obligatorischen Verträgen*, Leipzig, 1900. Questa concezione trovò il favore di S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile. Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, 1958, p. 7.

classificazione della *Summa Trecensis*, seguita con alterne vicende dai giuristi successivi:

« Rem hic accipe ipsam promissionem, et promissionis qualitatem, item causam » ⁽³⁰⁾.

I termini di questa definizione ci indicano chiaramente come nella *res* si identifichi una categoria residuale, determinata in negativo, in cui contenere tutte le patologie che non riguardano il lato soggettivo dell'atto di disposizione bilaterale. Vi troviamo infatti rappresentati tre fattori tra loro disomogenei. Nel primo, la *promissio*, si ravvisa la prestazione cui il soggetto si obbliga mediante il patto. La *qualitas promissionis* riunisce caratteristiche diverse, quali la buona fede delle parti e l'assenza di dolo nella conclusione del patto. Chiude la partizione la *causa*, termine sommamente in grado di solleticare le corde profonde del giurista odierno e che, conseguentemente, andrà attentamente perscrutato.

Fermiamoci sul primo:

« ...promissio est: C dari, domum fieri. set id quod promittitur neque naturae, ut impossibilia, neque iuri scripto adversari debet, nisi forte de iure tuo remittas ita ut publica utilitas ex hoc non ledatur, nec etiam equitati seu bonis moribus, ut pactum de hereditate futura » ⁽³¹⁾.

L'oggetto della prestazione può consistere tanto in un *dare* quanto in un *facere* e può essere invalido per una varietà di cause che, ancora una volta, la *Summa Trecensis* riporta su un'antinomia fra *natura* e *ius*. La prestazione impossibile si oppone al dettato di *natura*; la prestazione illecita è tale perché contrasta con quanto stabilito tanto dallo *ius scriptum*, quanto da altri tessuti normativi, forniti dall'*aequitas* o dai *boni mores*. Una netta bipartizione destinata, ancora una volta, a frastagliarsi sempre di più presso gli autori successivi nella frammentazione degli apparati normativi di riferimento.

Una tendenza inarrestabile:

⁽³⁰⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., r. 26.

⁽³¹⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., r. 27.

« ...Res distinguende sunt super quibus pacisci licet, nam res tales esse debent quas neque natura, neque ius impediatur quominus de his pacisci liceat. Natura, veluti: irrocervum, vel hominem mortuum dari. Ius, veluti: si res tales sint de quibus leges, plebiscita, Senatusconsulta, decreta Praetoris, Principum placita prohibeant ne de iis paciscatur » ⁽³²⁾.

La disamina di Rogerio si fonda sempre sulla diarchia tra *natura* e *ius*, conducendo tuttavia ad una enumerazione assai parcellizzata delle ipotesi che giacciono sul piano *in iure*. Per queste è impossibile trovare un tentativo di sistematizzazione: esse vengono semplicemente distinte in ragione della differente tipologia del precetto con cui vengono in urto.

Un'operazione meramente formale e priva di un vero significato, se misurata sulla realtà del giurista medievale, avvezzo a ravvisare una necessaria organicità nelle stratificazioni cui il diritto romano va incontro nella sua storia e che trovano nel *Corpus Iuris* un momento di sedimentazione, ma non certo di composizione. Troviamo pertanto in Rogerio un'invalidità della prestazione nel caso di alienazione del fondo dotale, la cui struttura non si distingue in nulla dall'ipotesi affine di indebita alienazione dei fondi dei minori, se non per il fatto che alla prima corrisponde un precetto contenuto in una *lex*, mentre alla seconda un divieto espresso da un senatoconsulto.

Entrambi i casi rappresentano l'invalidità del *pactum* nei termini di un difetto di legittimazione a disporre di determinati beni, nella titolarità di soggetti cui l'ordinamento appresta una particolare tutela. Rispetto a questi, la diversa vicenda del patto con cui si dispone di una cosa ancora contesa in giudizio non viene distinta sulla base di una ragione strutturale, ma sul fatto che il precetto violato è un *placitum principis*, fonte di cui Rogerio non appare conoscere la specificità rispetto alle altre.

La farragginosa esposizione non si ferma a questi dati:

« ...sunt et alie de quibus pacisci prohibiti sumus iure civili, ut de re hereditaria amota controversia, vel quia boni mores prohibent pacisci, ut de futura successione sine voluntate eius de cuius hereditate agitur » ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 14.

⁽³³⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 14.

Anche i *boni mores* trovano collocazione nella lista rogeriana, posti allo stesso livello delle altre fonti, senza alcun accenno di graduazione. L'impossibilità di raggiungere una gerarchia dei precetti costituisce il significato storico di maggiore importanza della varia enumerazione delle ipotesi di invalidità riportate sulla *res*, per come si può agevolmente notare in Piacentino:

« De re licet pacisci quae non sit naturae, iuri, vel bonis moribus adversa. Ecce enim si quis promiserit hominem immortalem etiam per stipulationem, item homicidium se facturum, corporisve ludibrium, nihil agitur. » (34).

Come nel caso delle ipotesi centrate sul soggetto, si compie qui la crisi della diarchia tra *natura e ius*, fenomeno palese nel momento in cui questi due termini sono posti assieme ai *boni mores* tra i precetti che possono condurre all'invalidità del patto, in un puro e semplice elenco di ambiti normativi posti sullo stesso piano. La multiformità del termine di riferimento conduce in tal modo ad un'opera di ricognizione delle ipotesi di invalidità della *res* dalle sedi più varie del testo romano:

« Ergo in pactum venit id duntaxat quod est possibile, iustum, honestum vel non inhonestum. Si quis enim promiserit rem meam propriam, rem sacram, sanctam, religiosam, liberam personam, nulla est pactio neque agitur ex pacto. » (35).

Tutte le componenti della normatività medievale concorrono, difatti, nell'esprimere una valutazione sull'oggetto del *pactum*. Per questa via l'impossibilità dell'oggetto e la sua illiceità vengono apparentate in un'unica classe, salvo poi essere costretti a distinguere tra oggetti *iusti*, *honesti* e *non inhonesti*. In ogni caso, si costruisce una categoria in cui riportare non solo tutte le cose poste *extra commercium* dal diritto romano ma, significativamente, anche ipotesi particolari, come quella del patto radicalmente inutile per

(34) PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

(35) PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

essere finalizzato alla traslazione di un bene già nella titolarità del ricevente ⁽³⁶⁾.

Si manifesta così la differenza tra l'argomentazione di Rogerio e quella di Piacentino, pur nella comune rinuncia alla sistematizzazione di questo tipo di ipotesi. Il primo descriveva le varie figure a partire dalla variegata composizione dello *ius scriptum*, riunendo quindi nella stessa classe tanto le ipotesi di oggetti assolutamente indisponibili per via pattizia (come le cose inesistenti o il fondo dotale), tanto i casi di indisponibilità relativa, limitata a taluni soggetti, libera per altri ⁽³⁷⁾. Piacentino conduce la disamina delle ipotesi partendo dalla potenzialità d'effetti della fattispecie. Egli limita conseguentemente l'estensione della categoria alle sole ipotesi in cui il *pactum* non può portare alla concreta disposizione di un determinato bene.

Un mutamento di prospettiva che, tuttavia, non è in grado di condurre ad un cambiamento nei risultati. Il fulcro del problema è nell'impossibilità, congenita all'ambito scientifico in cui si muovono i glossatori, di avere un sistema delle patologie organizzato verticalmente, omogeneo a quello che si realizza nei moderni sistemi di diritto positivo.

Una tendenza che trova accoglimento in Azone:

« Item ratione rerum que promittuntur pacta censentur inutilia, ut si impossibile promittatur...idem est si de iure sit impossibile, puta contra leges plebiscita senatusconsulta decreta praetorum edicta principum vel fraudem alicuius eorum...et de singulis facile est notare exempla et probationes... » ⁽³⁸⁾.

Le poche ipotesi considerate sono tutte riportate sulla categoria dell'impossibilità, che può derivare tanto dalla natura delle cose

⁽³⁶⁾ In questa classe, pertanto, non trovano collocazione solo quelle ipotesi che l'ordinamento deve rigettare perché contrastanti un interesse « superiore », qualsiasi sia la radice di tale preminenza, ma anche tutti quei casi in cui l'accordo è, in realtà, configurabile astrattamente, ma praticamente inutile, poiché non realizza una vera disposizione del diritto.

⁽³⁷⁾ L'ipotesi del patto invalido *ratione rei* perché viola un *plebiscitum* è particolarmente indicativa, in questo senso: « ...plebiscita, veluti si quis donum vel munus dedit Presidi non causa esculenti vel potulenti... ». ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 14.

⁽³⁸⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

quanto dalla confliggenza con lo *ius scriptum*. Azone riconnette poca importanza alla classe delle invalidità procedenti dalla *res*. Una circostanza nella quale possiamo leggere, più che un improvviso disinteresse, il culmine di un processo interpretativo che porta a conclusione la crisi della rigida diarchia dei glossatori più risalenti. Al pari di quanto abbiamo visto per le invalidità soggettive, Azone accetta l'impossibilità di riportare la descrizione delle patologie ad una struttura indeterminata e generale, che possa sostituirsi integralmente alla valutazione delle ipotesi singolarmente considerate dal *Corpus Iuris*. Se valutiamo questa inattuabilità sistematica sulla realtà del concetto di patto, troviamo conferma al fatto che i singoli vizi che possono affliggere tanto la *persona* che la *res* non tracciano i termini di una definizione di questi fattori come elementi della nozione.

Manca la fondamentale caratteristica di tale configurazione: quella di presentare le patologie come qualificazioni giuridiche negative di fattori già definiti in sé; al contrario, ciascuna patologia reale e personale viene definita come il frutto di una fattispecie autonoma, il cui libero intrecciarsi con la fattispecie pattizia conduce, di volta in volta e in concreto, alla validità o invalidità di quest'ultima.

4. *L'invalidità della struttura complessiva del patto.*

4.1. *Mixta ratio.*

L'argomentazione dei maestri del diritto comune, per come si mostra da questa prima disamina, è quindi dominata dalla fondamentale assenza di un principio cardine alla stregua del quale misurare i vizi che possono affliggere l'accordo, tanto dal lato soggettivo, quanto da quello dell'oggetto. Le patologie che possono interessare questi due profili non descrivono pertanto gli elementi strutturali del patto, dipingendo in questa nozione la morfologia di un istituto.

Il percorso del giurista medievale su questo punto è, in fondo, la storia di una contraddizione nodale fra il tentativo di enucleare dal tessuto proprio delle singole figure contrattuali romane le varie ipotesi di invalidità e di riferirle a una nozione generale e l'impos-

sibilità di trovare nel *pactum* una superiore sede di astrazione di tali fattispecie.

Con il progressivo evolversi degli apparati d'indagine dei glossatori, si manifesta appieno l'incapacità del *pactum* di essere momento di comprensione totalizzante delle morfologie contrattuali specificamente indicate dal testo romano. Possiamo misurare i termini di questo fenomeno sulla crescente insufficienza della bipartizione tra profilo soggettivo e profilo oggettivo come schema valido a ricomprendere tutte le patologie del patto.

La stessa classificazione della *Summa Trecensis* porta in sé i prodromi della crisi, nel momento in cui, come abbiamo visto, affianca alla *persona* e alla *res* una *mixta ratio* come terzo lato su cui valutare l'ammissibilità del patto. In questa classe la *Summa* colloca un solo caso di invalidità:

« *Mixta ratio spectatur in rebus et in persona: promissor enim de re sua, item de suo facto promittere debet, et ille cui promittitur sibi et suae utilitati prospicere debet, ne alterius pactum prosit vel obsit.* »⁽³⁹⁾.

Il divieto di contrarre a favore di terzo è una presenza costante negli apparati di commento al titolo *de pactis* ⁽⁴⁰⁾. La *Summa* non può spiegarlo esclusivamente su uno dei due piani sino ad ora considerati e crea, conseguentemente, una categoria che si basa sulla valutazione combinata degli aspetti soggettivi e oggettivi. Con questa operazione, la *Summa Trecensis* traduce il principio di relatività del patto nei termini di un difetto parziale di legittimazione a disporre di un determinato bene.

Il patto risulta così invalido tutte le volte in cui i soggetti vogliono disporre di cose che, astrattamente trasmissibili per via pattizia, non lo sono in concreto perché fuori dalla loro titolarità. La stessa cosa accade nel momento in cui si obblighino ad un fatto astrattamente lecito, concretamente vietato poiché di spettanza di un terzo estraneo all'accordo. Speculare a questo tipo di considerazione è la posizione del promissario accettante, che non può, con il suo

⁽³⁹⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., n. 9.

⁽⁴⁰⁾ Si veda la *l. Huius edicti, ff. de pactis*.

consenso, far sì che gli effetti del patto si riportino nella sfera patrimoniale di un terzo estraneo.

Rogério sistema questa materia integralmente sul lato della *persona*, riportando la lunga enumerazione dei casi in cui il *pactum*, pur non apportando effetti patrimoniali allo stipulante, li produce al terzo, nello schema proprio delle *actiones adiecticiae qualitatis* (41).

Ciò non significa però che la *mixta ratio* scompaia come categoria:

« ...distinguit etiam alternationem rerum et personarum, idest an in hac re cum hac persona, que in pactis inserta est, pacisci liceat » (42).

L'*alternatio personarum et rerum* di Rogério è una classe costruita sullo stesso criterio del difetto relativo di legittimazione:

« ...quia quamvis persona talis sit cum qua pacisci liceat, et res talis sit de qua pacisci liceat, tamen in hac re cum hac persona pacisci non licet. » (43).

Un testo che non ha certo bisogno di troppa spiegazione. Rogério vi riporta l'esempio di due debitori in solido che stipulino fra di loro che uno solo di essi dovrà adempiere verso il creditore comune. In questo caso la *res pacti* è sicuramente lecita, le *personae* sono abili a contrarre, ma il patto è inutile, poiché esso non vede tra le parti il creditore, l'unico soggetto che abbia la potestà di rimettere il debito (44).

Piacentino parla di *mixta inspectio* per indicare la medesima realtà:

« Mixta inspectio in eo spectatur, quandoque quis pacisci potest et res talis est de qua pactum fieri potest et quandoque quis de ea re pacisci non potest, ut de ea novi operis nunciatione quae ad publicam laesionem

(41) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 8.

(42) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 1.

(43) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 16.

(44) « ...duo debitores unius creditoris pacti sunt ad invicem ne ambo debeant, sed unius solummodo. Hoc pactum non valet, quia non est factum cum ea persona quae potestatem remittendi habet... » ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, n. 16 cit.

pertinet... Sed et procurator pacisci potest, non tamen transigere: curator transigere, non pacisci...Item mixta inspectio in eo servatur quod quis pacisci debet de re sua, de facto suo, sibi quid dari fierive, non alium daturum facturumve, nec alii dari fierive... Haec enim regulariter nihil valent »⁽⁴⁵⁾.

Il patto con cui si tenta di comporre la lite derivante da una nuova opera, generalmente ammesso *ratione rei*, è invalido nel caso in cui la lesione colpisce un pubblico interesse⁽⁴⁶⁾; allo stesso modo la transazione non ricade fra gli atti che possono essere compiuti dal *procurator*. Seguono le ipotesi a favore del terzo sulle quali la *Summa Trecensis* dipingeva totalmente la struttura di questa categoria. Piacentino non impone alcun criterio di sistematizzazione interna a questa categoria, fatta per ospitare tutte quelle ipotesi che non si lasciano spiegare totalmente sul profilo soggettivo come su quello oggettivo.

Le incostanti vicende della *mixta ratio* indicano, difatti, la crisi del tentativo di organizzazione delle invalidità posto dalla *Summa Trecensis*, piuttosto che il suo invero sistematico. Essa dimostra ancora una volta l'impossibilità per i glossatori di costruire un concetto di *pactum* determinandone in una prospettiva esatta gli elementi, attribuendo a ciascuno di essi un ambito specifico e esclusivo di validità. Sotto questo profilo, l'*alternatio rerum et personarum* dà prova di come il giurista sia costretto a riferire talune cause d'invalidità partecipategli dal testo romano immediatamente al regolamento di interessi che si realizza nel patto, piuttosto che all'uno o all'altro dei suoi elementi.

4.2. *La causa pacti nell'analisi delle sue invalidità.*

La conseguenza principale di questo fenomeno consiste nell'incapacità della struttura generale ad essere termine assoluto di validità nei confronti delle ipotesi specifiche. Possiamo averne una

⁽⁴⁵⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., p. 42.

⁽⁴⁶⁾ Anche ROGERIO pone nell'*alternatio personarum et rerum* un'ipotesi consimile: « ...vel si quis pactus est cum aliquo ut in flumine publico facere aliquid liceret, hec pactio non valet, nisi a Principe habuit licentiam vel ab eo qui potestatem concedendi habuit, impetratum sit... » ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, n. 16 cit.

ulteriore dimostrazione considerando le vicende cui va incontro quella nozione che, nella messe fornitaci dagli apparati dei glossatori, sembrerebbe più densa di significati per il giurista odierno:

« causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum, maxime si ad agendum allegetur, si vero ad defendendum, facilius indulgetur »⁽⁴⁷⁾.

La *causa*, come abbiamo visto, veniva riportata dalla *Summa Trecensis* fra i fattori che componevano la dimensione della *res*. I tratti di questa definizione ci indicano chiaramente di come essa venga costruita, in questa sede, di stretta conserva al sistema di significati posto dal testo romano. In questo, l'assenza di una *causa* rileva per quei modelli contrattuali cui il diritto romano riservava l'appellativo di *innominati*. Dipinti nella semplicità dello strutturarsi delle reciproche posizioni soggettive delle parti, essi conoscono, oltre ad azioni per l'adempimento, anche un'azione in risoluzione, la *condictio causa data causa non secuta*. Chi ha effettuato la propria prestazione può quindi, invece che l'adempimento dell'altra parte, chiedere la ripetizione di ciò che sia stato dato e la risoluzione del contratto.

In questi termini la *Summa* descrive la *causa* non come elemento costitutivo del patto, ma come sua condizione di validità. Se fosse vero il primo assunto, ogni manifestazione di consenso dovrebbe esserne necessariamente provvista. Così non risulta, tuttavia, dal passo appena riportato, nel quale la mancanza della *causa* appare rilevante solo quando il patto è suscettibile di produrre azione (« *si ad agendum allegetur* »), mentre se ne può prescindere ove sia ritenuto soltanto fonte di un'eccezione (« *si vero ad defendendum* »)⁽⁴⁸⁾.

Ciò che si scorge dietro quest'abbozzo è, ancora una volta, il

⁽⁴⁷⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit. n. 8.

⁽⁴⁸⁾ « Causae vero sunt ex quibus naturalis iuris ratio te ad aliquid prestandum compellit. ex his tamen obligationibus quae civili ratione deficiente naturali tantum iure nituntur, retentio fortassis, non etiam petitio seu actio datur » SUMMA TRECENSIS, IV, 10, *de actionibus et obligationibus*. Un problema che molto ci occuperà in seguito e che adesso è appena il caso di accennare è quello della polisemia del concetto di *causa* nei glossatori. In questo caso troviamo come l'esistenza di una *causa* non porti a riconoscere un patto azionabile, e quindi un contratto. Se fosse vera la prima ipotesi, dovremmo

contrasto tra l'esigenza di comprendere i meccanismi di validazione delle fattispecie contrattuali del diritto romano e l'impossibilità di riferire le singole ipotesi ad una struttura generale che possa includerle in modo organico. Al pari di quanto abbiamo riscontrato per la *mixta ratio*, la nozione di *causa* rimane presso alcuni autori successivi, ma provvista di un significato diverso.

Piacentino, ad esempio, la inserisce all'interno di un elenco di ipotesi quanto mai sparso:

« Pactorum principalium alia sunt inutilia propter personam, alia propter aetatem, alia propter sexum, aliam propter causam, alia propter paciscentis conditionem. propter rem ut siquis stipuletur dari sibi liberum corpus vel servuum, propter utrumque ut si pupillus in mutui causa numeret pecuniam alienam »⁽⁴⁹⁾.

Della farragine piacentiniana abbiamo già detto parlando delle invalidità che procedono dal lato soggettivo. Ne troviamo nuova conferma in questo passo, per il quale è certo difficile stabilire in cosa l'elemento della *persona* possa essere tenuto distinto da considerazioni circa la sua età, il sesso o una qualche sua speciale condizione. Più difficile ancora trovare una qualche omogeneità tra queste ipotesi e quella *propter causam*, incastrata quasi a forza tra l'enumerazione delle patologie soggettive e oggettive.

Questa faticosa collocazione è quasi la plastica rappresentazione delle istanze che Piacentino riconnette al termine *causa*, non dissimili da quelle cui si tenta di dare soluzione con la *mixta ratio*. Il problema è sempre eguale: la diarchia tra profilo soggettivo e oggettivo del patto inizia a non essere più sufficiente per spiegare tutti i casi in cui il testo romano afferma l'invalidità di un contratto. Una prospettiva che si traduce in un concetto di *causa* ben diverso da quello adoperato dalla *Summa Trecensis*:

« Propter causam, alias propter naturam ut siquis stipuletur ab aliquo de corporis ludibrio, alias contra iura. Contra iura, alias contra leges ut contra leges Iulias de fundo dotali, alia contra senatusconsulta... Alias

ammettere che, di stretta conseguenza alla nozione di causa adottata, la *Summa* giunga a ridefinire il patto e ogni sua specificazione come fattispecie *reale*, il che non è.

⁽⁴⁹⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, II, *de pactis*, cit., pag. 43.

contra principum rescripta... Alias contra aedilitia edicta... alias contra plebiscita... ».

Essa non è più l'avvenuta prestazione di una *datio vel factum*, ma un qualcosa di non perfettamente definito che sta tra l'oggetto del contratto e lo scopo che le parti intendono raggiungere attraverso di esso, che può essere illecito perché osta contro una norma non scritta, oppure contro una delle tante norme positive del diritto romano, sparse nell'opera giustiniana e distinte in una classificazione formale ormai vuota di significato. Nella sua natura ibrida il giurista può sciogliere il caso del patto la cui invalidità si riconnette direttamente alla struttura del regolamento di interessi, astrattamente lecito e concretamente vietato a dei soggetti determinati, realizzando quindi una duplicazione della *mixta inspectio*. Può comprendervi inoltre l'ipotesi di un negozio che, rispondendo anch'esso ai caratteri generali di un modello pienamente riconosciuto, diviene invalido per motivi che, pur attinenti all'oggetto, non si lasciano tuttavia ricondurre alle categorie dell'impossibilità o dell'illiceità.

4.3. *L'enumerazione analitica dei momenti d'invalidità in Azone.*

La *mixta inspectio*, come anche il concetto di *causa* adoperato da Piacentino, indica lo sforzo del giurista di riportare su una base unitaria le varie ipotesi di invalidità descritte dal testo romano. Un tentativo il cui fallimento è riscontrabile nell'apparato di Azone, nel quale le ipotesi di invalidità vengono riorganizzate in classi di diversa estensione. Le maggiori permangono, ovviamente, quelle date dalla *ratio paciscentis* e dalla *ratio rei*; accanto a queste, tuttavia, si contano classi minime nella singolarità delle quali collocare le fattispecie che non si riesce a sistemare nelle due categorie principali. Azone sperimenta, al pari di Piacentino, l'impossibilità di razionalizzare tutte le invalidità attribuendole di volta in volta al solo profilo soggettivo o oggettivo del patto e individua delle ipotesi nelle quali questi due lati debbono essere considerati congiuntamente. Possiamo avere, così, una *inutilitas personarum et rerum*, che inquadra l'indisponibilità giuridica che un bene, altrimenti lecito e di sicura

negoziabilità, assume in virtù di una precedente fattispecie con riguardo ad un soggetto pienamente capace ⁽⁵⁰⁾. Anche questo schema, tuttavia, non riesce a inquadrare pienamente tutte le ipotesi non descrivibili a partire dal solo lato soggettivo o oggettivo.

Azone isola quindi delle classi ancora più ridotte, eppure ispirate allo stesso criterio. Il patto può essere, in tal modo, invalido *ratione potestatis*, come nel caso dei negozi conclusi tra padre e figlio, che non hanno validità al di fuori delle limitatissime tipologie date dal testo romano ⁽⁵¹⁾.

Intersecando più piani di valutazione, Azone cerca di razionalizzare ogni ipotesi:

« Sic ergo ratione personarum tantum et rerum tantum et contractuum tantum et mixta inter eas consideratione habita pacta censentur inutilia. »

Troviamo alcune particolarità rispetto alle *distinctiones* che abbiamo sinora esaminato. Scompare, innanzitutto, ogni riferimento alla *causa*: la pagina azoniana non la riporta tra le ipotesi di invalidità del patto né nel senso datole dalla *Summa Trecensis*, né in quello attribuito da Piacentino. Nella tripartizione trova invece posto il *contractus*, ossia la singola struttura contrattuale che le parti hanno adoperato:

« Item inutilia sunt ratione contractuum ut inter vir et uxor qui donare sibi non possunt sed vendere... » ⁽⁵²⁾.

Il modello della donazione è astrattamente valido, tranne che

⁽⁵⁰⁾ « Ut licet haec persona cum omni possit obligari et haec res ab omni possit promitti et pactum de ea sibi danda pacisci non potest, ut si commertium rei non habeat propter testatoris voluntatem qui prohibuit alienari... ».

⁽⁵¹⁾ La necessità di una sistemazione speciale di questa ipotesi deriva dal fatto che in essa l'invalidità non sorge da un'incapacità di una delle due parti, ma da una valutazione che coinvolge necessariamente entrambi i soggetti, in un vincolo funzionale: « Habetur etiam mixta consideratio personarum adinvicem. Nam licet hic cum omni obligetur et ille cum omni, hii tamen duo adinvicem non obligantur, ut pater et filius nisi in castrensi vel quasi peculio. ». Le esigenze di Azone sono eguali a quelle sentite da Piacentino, ma espresse in una terminologia sicuramente più tecnica.

⁽⁵²⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit.

nel trasferimento di beni fra i coniugi, stante la prescrizione del *Corpus Iuris*. L'invalidità di una donazione tra coniugi non può essere razionalizzata soltanto sul lato soggettivo del *pactum*, poiché le parti mantengono intatta la propria capacità; men che meno la si può comprendere nell'esclusività del profilo oggettivo, poiché i coniugi intendono trasferirsi oggetti leciti, possibili e perfettamente commerciabili.

Occorre far riferimento alla struttura del negozio, celata ma non dissolta nell'uso della nozione generale di *pactum*, per rendere la realtà di questa ipotesi di invalidità. A questo punto, tuttavia, non possiamo riconoscere in Azone una distinzione in elementi costitutivi della minima fattispecie di *pactum*, visto che tra questi dovrebbe comparire il *contractus*, una fattispecie più estesa del termine primario. Allo specificarsi dell'opera di scansione del testo autoritativo corrisponde quindi una sempre maggiore difficoltà ad inserire nella nozione generale di *pactum* la classificazione univoca delle fattispecie invalide ⁽⁵³⁾.

Il glossatore non individua nel *pactum* il principio comune a tutte le fattispecie, riconoscendo in esso quelle patologie che possono essere comuni ad ogni tipo negoziale; l'opera di interpretazione, al contrario, riporta al *pactum* tutte quelle cause d'invalidità che il diritto romano costruisce a partire dai singoli modelli contrattuali. Il *pactum*, in questo senso, si dimostra essere non *oggetto*, ma *strumento* di analisi per i glossatori; una nozione valida a tentare un primo discernimento nella moltitudine di precetti sparsi nei titoli più disparati della compilazione giustiniana e posti a proposito di fattispecie contrattuali fra loro assai diverse.

⁽⁵³⁾ PIACENTINO, come abbiamo visto, spiegava il caso del patto inutile perché contenente la promessa di trasferire un bene già di proprietà del promissario (« *promiserit mihi rem meam propriam* ») in termini di contrasto con lo *ius*. Diversa la soluzione di AZONE, che passa anche attraverso la valutazione della struttura contrattuale utilizzata: « *Item personarum et rerum et contractuum, ut si de re mea mihi danda paciscar. Nam licet alias super ea contrahere possum et omnis super eam contrahere possit, in hac tamen re ego dominus rei sic pacisci non possum* ».

5. *L'impossibilità di riferire ogni patologia alla struttura generale.*

5.1. *Le difficoltà di definizione del dolo come vizio del patto.*

La nozione di *pactum* si manifesta pertanto come la sede di induzione di patologie isolate a partire dalle singole fattispecie contrattuali offerte dal testo romano. Una realtà, questa, che ci impedisce di pensare a questo concetto nei termini moderni dell'istituto giuridico, costruzione consapevole di una fonte normativa superiore che, descrivendone le caratteristiche, ne configura parimenti le patologie, in una relazione di stretta conseguenza.

Questo quadro ci viene definitivamente confermato dall'analisi delle ondivaghe e incerte dottrine dei glossatori sulla struttura del dolo, e sulla sua rilevanza a costituire un vizio del patto. Tipico « vizio della volontà » per il giurista odierno, il dolo viene posto dalla *Summa Trecensis*, come abbiamo visto, tra gli elementi che compongono il profilo oggettivo del patto. Una collocazione che, di per sé, è in grado di indicare le diverse istanze che questo concetto riassume presso il giurista medievale⁽⁵⁴⁾. Nell'argomentazione della *Summa*, il dolo fa parte di quell'aspetto della *res pacti* definito come *qualitas promissionis*:

« Promissionis qualitas ea est, ut fides bona adsit et dolus cesset tam eius qui promittit quam eius cui promittitur: iniquum est enim ei qui contra fidem fecit fidem servari sibi »⁽⁵⁵⁾.

I termini di questa definizione sono lontanissimi dal considerare il dolo come vizio della volontà. Il patto, seguendo questa argomentazione, è valido nella presenza di due requisiti, uno positivo, come la *bona fides*, l'altro negativo, quale l'assenza del dolo. Non si dice nulla sulla direzione della condotta lesiva, né tampoco sulla sua minima intensità per avere rilievo come causa di invalidità del patto. Per la *Summa Trecensis*, queste due caratteristiche rilevano in termini oggettivi e sono proiezione immediata dell'*aequitas* sul piano

⁽⁵⁴⁾ Come messo in luce da M. BELLOMO, *Dolo (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964.

⁽⁵⁵⁾ SUMMA TRECENSIS, *de pactis*, cit., n. 8.

della qualificazione giuridica. L'immagine che se ne trae è quella di un comportamento doloso che lede l'ordinamento nel suo complesso, piuttosto che la posizione soggettiva di una parte; di conseguenza l'effetto è quello della nullità radicale.

La concezione del dolo come elemento obiettivo viene seguita anche da Rogerio, che inserisce parimenti questa ipotesi tra i casi di invalidità promananti dalla *res*:

«...decreta Pretoris, ut si res prohibita sit deducta in pactionem propter qualitatem cause, ut propter metum vel dolum»⁽⁵⁶⁾.

Rogerio apparenta in un'unica classe il dolo, senza precisarne in nulla le caratteristiche, il *metus* e la *qualitas causae*, calando tutte queste ipotesi nella propria scansione formale delle fonti dello *ius scriptum*. Siamo ancora sul piano dell'enumerazione dei casi d'invalidità, estraneo ogni tentativo di comprensione della struttura di questi vizi.

Un tentativo in questo senso è appena visibile in Piacentino, autore, tuttavia, di un apparato particolarmente frammentario e disorganico su questa materia:

«Item pactorum inutilium quaedam sunt supervacua, quaedam iniqua. Iniquum pactum est extortum dolo de non petendo. Supervacuum est extortum postea etiam fide bona de repetendo. Sufficiebat enim creditorum replicatio...Item pactorum inutilium quaedam sunt inutilia ipso iure, quaedam per exceptionem. Item quaedam sunt inutilia quia fiunt contra verba legum, quaedam quia fiunt contra mentem eorum. Quedam sunt inutilia ab initio ut extorta dolo, quaedam ex postfacto, ut priora rupta per posteriora»⁽⁵⁷⁾.

Un'esposizione assai disordinata, che tuttavia mostra un mutamento negli interessi della *iuris prudentia* circa questa materia, legato ad un rinnovamento del tessuto della loro interpretazione. Le dottrine sul dolo dei glossatori si formano, difatti, a partire dall'esegesi di un passo del Digesto particolarmente irto d'asperità: la l. *Iurisgentium*, nel titolo *de pactis*. Questo testo, che sarà centrale anche

⁽⁵⁶⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 14.

⁽⁵⁷⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., p. 43.

per altre riflessioni dei *doctores*, contiene tre momenti rilevanti per la definizione della materia del dolo. Sia la *Summa Trecensis* che Rogerio si fermano al primo fra questi, ove si esplicitano le caratteristiche di cui deve essere provvisto il patto per essere ammesso alla tutela edittale. Requisiti tutti negativi: il patto non deve essere stato concluso con dolo, non deve porsi in contrasto con le norme dell'ordinamento superiore né essere stato stipulato in frode verso di esse⁽⁵⁸⁾. È così che queste prime opere ricomprendono il dolo fra le cause d'invalidità del patto, ma senza tentarne una vera analisi sistematica, pagandosi nella sostanza del *dictum* romano.

L'analisi di Piacentino, al contrario, estende lo sguardo anche al secondo momento, che conviene analizzare partitamente:

« Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor edicit: sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum esse, aut supervacuum. Iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide iterum hoc conetur destruere. Supervacuum si ipse deceptus hoc fecerit. Inest enim dolo et fraus »⁽⁵⁹⁾.

La soluzione del testo romano è per l'indifferenza sostanziale tra *dolus* e *fraus*: esplicitarne una potrebbe apprestare un iniquo vantaggio per la parte che voglia revocare in nulla un accordo liberamente stretto e non assicurerebbe alcuna tutela ulteriore alla parte effettivamente lesa dall'agire ingannevole. Questo pensiero si trasforma, nella confusa esposizione di Piacentino, in una differenza tra il dolo che grava sul patto fin dal momento della sua conclusione, rendendolo iniquo, e il diverso caso del dolo *ex postfacto*, del quale si afferma una *supervacuitas* priva di vero significato. Opera vana inseguire le affabulazioni della *Summa* di Piacentino alla ricerca di una sostanza sistematica. La rilevanza di questo apparato è nel far sorgere, pur se nella farragine, i problemi che daranno ampia materia d'indagine ai giuristi posteriori.

(58) Un testo molto noto: « Praetor ait, pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo ». *L. Iurisgentium § praetor ait, ff. de pactis*. (D. 2, 14, 7, 7).

(59) *L. Iurisgentium § sed si fraudandi, ff. de pactis*. (D. 2, 14, 7, 8).

5.2. *I tentativi di razionalizzazione in Azone e nella Glossa Magna.*

La struttura dell'azione dolosa, nella distinzione tra *dolus* e *fraus*; il dilemma parallelo circa la *fraus legis* ⁽⁶⁰⁾; il quesito circa la tutela apprestata dall'ordinamento, se per via d'azione o *ope exceptionis*: tutti temi che connotano gli apparati successivi, segnandone le difficoltà interpretative.

L'inscindibile aggrovigliarsi di queste molteplici istanze nell'argomentazione sul dolo è visibile anche nell'apparato di Azone. Questi, come abbiamo visto, nel descrivere le invalidità derivanti dalla *res* si riferiva a una nozione totalizzante di impossibilità, per derivarne una tipologia *in iure*, nella quale collocare sia le ipotesi di patto che contrastassero direttamente con un qualsiasi precetto espresso dalla normazione romana sia quelle che si ponessero *in fraude* verso di essi. Il punto della *fraus* funge quasi da anello di congiunzione tra questa prima classe di invalidità e quelle relative al dolo:

« *Fraus autem admittitur facile de persona ad personam. Idem est si dolo malo fiat pactum alterius decipiendi causa in principio vel ex post facto dolo commisso. Hic tamen tenet pactum licet replicatione elidatur quod non est omnino in superioribus exemplis nisi in senatusconsultis nominatis ipso autem iure non tenet pactum non tamen in supradictis* » ⁽⁶¹⁾.

Dalla *fraus legis* Azone inferisce la parallela fattispecie della frode fra privati, ipotesi di cui si afferma la maggiore configurabilità; essa viene poi apparentata al dolo, che deve essere commesso *decipiendi causa*, quindi con il proposito di ingannare. La condotta capziosa, sia che ricada nel momento di conclusione dell'accordo, sia che venga tenuta successivamente, porta alla caducazione del patto, con il solo limite dell'istanza di parte. Abbozzato già in Piacentino, quest'ultimo punto si fonda sul terzo momento rilevante della *l. Iurisgentium*, che dispone la tutela per via di eccezione in entrambi

⁽⁶⁰⁾ Il problema della *fraus legi*, è affrontato da E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano, 1964, p. 306 ss.

⁽⁶¹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, cit., p. 23.

i casi ⁽⁶²⁾. Tale diversità nel regime degli effetti costituisce motivo di particolare attenzione nell'apparato di Azone:

« ...sed etiam si turpe sit quod promittitur...secus si turpiter sed non tamen turpe promitteretur ut puta per metum et dolum tunc non datur actio sed per exceptionem eliditur ut dictum est... » ⁽⁶³⁾.

Le invalidità derivanti dalla *res* comportano la nullità *ipso iure* del patto, tranne che in taluni casi, come quello dell'accordo concluso in contrasto con il senatoconsulto Macedoniano. In questa ipotesi il patto è annullabile a istanza di parte e la stessa tutela si appresta per il caso del patto che abbia un oggetto contrario ai buoni costumi. La *turpitudine* produce sempre questo effetto, sia che si riferisca alla *res*, sia nel caso in cui essa connoti la modalità di formazione di un patto provvisto di oggetto lecito, come nel caso del dolo o del *metus*.

La generalità della regola trova tuttavia un limite nella struttura del contratto viziato:

« ...sive nisi forte contractus bonae fidei dolus causam dederit tunc nam contractus bonae fidei nullus est. » ⁽⁶⁴⁾.

Il concetto di *pactum* non riesce, nella sua generalità, a contenere l'intera disciplina del dolo: ancora una volta il giurista è costretto a fare riferimento alle figure più specifiche, piuttosto che alla nozione generale, che pure dovrebbe essere sede di astrazione delle loro caratteristiche. La cifra d'interpretazione basata sulla distinzione tra contratti *bonae fidei* e *stricti iuris* costituirà il maggior tema di riflessione presso la *Glossa Magna*, nella quale troviamo gli esiti della lunga decantazione dell'intrico di questioni circa il dolo.

Il problema della natura del dolo e della sua distinzione dalla *fraus* è oggetto di una profonda razionalizzazione. Una lunga glossa

⁽⁶²⁾ « Sive igitur ab initio dolo malo pactum factum est, sive post pactum dolo malo aliquid factum est: nocebit exceptio propter haec verba edicti, neque fiat. ». *L. Iurisgentium § Sive igitur, ff. de pactis* (D. 2, 14, 7, 9).

⁽⁶³⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. cit.

⁽⁶⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. cit.

al paragrafo « *sed si fraudandi* » dà sistemazione alle varie tesi possibili, ciascuna delle quali parte da una concezione diversa delle strutture comparate di queste due condotte capziose:

« ...secundum hoc dolus est genus, et inest fraus ei ut species generi: ut fraus tunc tantum dicatur, cum mei commodi causa: sed dolus dicatur etiam sine meo commodo. » ⁽⁶⁵⁾.

Nella prima possibilità la *fraus* è qualificata dall'elemento oggettivo della volontà di procurarsi un vantaggio per chi l'ha posta in essere ed assume per questo il rilievo di *species* rispetto al dolo. A guidare la definizione è la possibilità, propria del dolo, di essere rilevante come causa di invalidità del contratto anche quando commesso da un terzo estraneo all'accordo. Una seconda ipotesi interpretativa vede invertito il rapporto di specialità:

« Alii dicunt fraude, id est re ipsa sine consilio. Dolo, quando re et consilio... ».

In questa prospezione la frode rileva oggettivamente, mentre il dolo richiede una preordinazione che qualifica l'agire della parte: interpretazione in cui è facile scorgere il riflesso della definizione che del dolo viene operata da un precedente paragrafo della medesima *lex* ⁽⁶⁶⁾. Anche la terza tesi vede la frode come *genus* rispetto al dolo:

« Tertii dicunt hic loqui de fraude expressa: ut de metu et vi, de qua praetor non dicit, sed de simulata tantum et secundum hanc similiter inest dolo fraus ut genus speciei et sic non erit dolus, ubi est vis et metus... ».

Mettendo in luce un altro aspetto della medesima definizione romana, questa tesi distingue tra la frode commessa attraverso una

⁽⁶⁵⁾ GLOSSA « *sed si fraudandi* » in *l. Iurisgentium, ff. de pactis, § sed si fraudandi*. La tesi viene giustificata sulla sua base di artificio logico: « ... et erit bona argumentatio de toto ad partem negando, hoc modo: non servabit praetor pacta dolo inita: ergo nec fraude, sed non valet affirmando. ».

⁽⁶⁶⁾ « Dolo malo, ait praetor, pactum se non servaturum. Dolus malus fit calliditate et fallacia: et, ut ait Paedius, dolo malo pactum fit: quoties circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur. » *L. Iurisgentium, ff. de pactis, § Dolo malo*.

simulazione e quella che avviene mediante comportamenti palesi, quali la violenza assoluta o il *metus*. Tre tesi che cercano ciascuna di evidenziare i vari tratti della nozione consegnati dal *Corpus Iuris*, alle quali si aggiunge una quarta opinione, con la quale si supera definitivamente il problema:

« Vel dic quarto, quod sunt nomina per omnia paria, et unum in altero inesse... ».

La questione che tanto aveva affannato i giuristi precedenti appare troncata di netto, pur dopo una sì lunga e minuziosa disamina. La *Glossa* registra difatti un notevole mutamento di prospettiva nell'inquadramento del problema, che viene trasferito da una visione di tipo sostanziale ad una dimensione tutta centrata sulla struttura di tutela del patto rispetto all'ipotesi dolosa. L'interpretazione si estende a altri testi e viene condotta su due criteri tra loro interrelati. Il primo è dato dalla rilevanza del dolo nel momento in cui incide nel patto; il secondo dal ruolo del responsabile della condotta capziosa, considerato anche rispetto al suo interesse al mantenimento del contratto.

Assistiamo così ad una completa ridefinizione della materia. Il primo criterio non era ignoto anche alla opere precedenti, che tuttavia differenziavano le due ipotesi del dolo *in initio* e *ex postfacto*, su una considerazione meramente temporale, che portava a una concezione della patologia in termini completamente oggettivi. La *Glossa*, al contrario, ricostruisce il problema in termini funzionali, distinguendo il dolo che dà causa al contratto, altrimenti definito principale, dal dolo incidente, che interviene dopo che il negozio si sia già concluso ⁽⁶⁷⁾.

Sotto il secondo criterio, entrambe le ipotesi dolose possono essere integrate tanto da una parte dell'accordo quanto da un terzo estraneo. L'intersecarsi di questi due momenti porta a quattro possibili casi:

« Tu dic circumscriptum scilicet ab emptore tantum, ubi enim incidit

⁽⁶⁷⁾ « Et tunc appellamus dolum dantem causam contractui » GLOSSA « *sed in hoc ipso* » in *l. Et eleganter ff. de dolo malo*.

dolus in contractu, tenet quidem contractus sed agitur contra emptorem, si ipse dolo fecit, ex vendito. Si vero non ille, sed quidam tertius dolum adhibuit, ille tertius tenetur de dolo: ut hic dicit in dicto Iuliani. A simili ergo cum dolo dedit causam contractui: si quidem ipse emptor adhibuerit, nullus est contractus, si autem tertius, tenet contractus, sed agitur de dolo contra dolosum et sic intellige quod hic dicitur. »⁽⁶⁸⁾.

Nell'ipotesi in cui il dolo incidente sia attribuibile alla parte del contratto, esso rimane valido ma la parte lesa può esperire contro l'autore del dolo la normale azione contrattuale, per avere riequilibrata la propria posizione. Se il dolo è commesso da un soggetto estraneo al contratto, questo permane in vigore tra le parti, ma si può agire con l'*actio de dolo* contro il terzo, e ciò sia nel caso di dolo incidente, che in quello di dolo principale. Il contratto è annullabile soltanto nel caso in cui il dolo abbia dato causa al negozio e sia stato perpetrato da una delle parti⁽⁶⁹⁾.

La concezione, propria delle testimonianze più risalenti, che vede nel dolo un vizio obiettivamente rilevante, tale da rendere il patto in sé *iniquum* e fuori dall'ordinamento, viene pertanto superata da un'impostazione che tiene conto della salvaguardia delle singole situazioni soggettive che risultano alle parti. Questo mutamento di prospettiva conduce a determinare la configurazione del dolo a partire dalla specificità della struttura delle singole tipologie contrattuali.

Nel caso della compravendita, contratto *ex fide bona*, il soggetto leso dal dolo della controparte può ottenere la totale caducazione del negozio viziato, soluzione già adombrata da Azone. Non altrettanto può dirsi per i contratti appartenenti alla classe opposta. Un contratto di stretto diritto — come ad esempio, la *stipulatio* — rimane valido anche in caso di dolo principale:

« Et ut plene scias, dic quod aut talis dolus dat causam contractui

⁽⁶⁸⁾ GLOSSA « *sed in hoc ipso* », cit.

⁽⁶⁹⁾ Non possiamo attribuire alla locuzione adoperata dalla GLOSSA « *sed in hoc ipso* » il significato di nullità radicale, rilevante *ipso iure*. La precedente GLOSSA « *nullam* », alla medesima *lex*, si esprime chiaramente per la necessità dell'esperimento dell'azione: « Ex parte non committentis dolum: quia non tenetur, si non vult. Is vero qui committit, teneri potest si deceptus vult... ».

bonae fidei et tunc serva quod modo dixi, aut stricti iuris: et tunc valet, sed excipitur... si autem est incidens in contractu bonae fidei agitur ex eo contractu. In contractu stricti iuris actio de dolo necessaria est... » (70).

La diversità degli effetti nei confronti del dolo dei contratti di buona fede rispetto a quelli di stretto diritto dipende strettamente dalla struttura di tutela apprestata dall'ordinamento. I primi vedono il *deceptus* esercitare comunque la propria pretesa attraverso l'azione contrattuale di sua spettanza; solo nel caso in cui debba rivolgerla verso il terzo eserciterà la residuale azione *de dolo*. La generalità di contenuto delle due speculari azioni *ex empto* e *ex vendito*, consentono al titolare di chiedere, alternativamente, tanto l'annullamento del contratto quanto il suo mantenimento a condizioni eque (71).

Nei secondi, la parte lesa potrà elidere la pretesa avversaria attraverso l'*exceptio doli*, ma non può chiedere attraverso l'azione derivante dal contratto l'annullamento dello stesso, poiché essa ha un contenuto tassativamente determinato. È così che l'*actio de dolo*, esperibile nei contratti *bonae fidei* solo nei confronti del terzo, diviene necessaria contro la parte nell'ipotesi di dolo incidente.

Tutto ciò determina, tuttavia, una radicale differenza di configurazione del dolo nelle due tipologie contrattuali. Nelle fattispecie *ex fide bona* questo vizio permea l'intera struttura, determinandone il crollo; nelle tipologie di stretto diritto, esso lascia il contratto ad una sua vita effimera, sorretto dalla stretta tassatività della tutela, per lasciarlo in balia di un'eccezione di latissima operatività. Volendo tradurre questa realtà nel lessico del giurista odierno, potremmo dire che nel primo campo d'ipotesi il dolo connota di sé la fattispecie, rilevando come elemento impeditivo e facendo del contratto un titolo nullo; nel secondo costituisce l'elemento estintivo degli effetti di un titolo astrattamente valido.

In questa costruzione trovano finalmente pace le tensioni definitorie che le opere più risalenti tentavano di risolvere sia nella contrapposizione fra dolo e *fraus*, come nella dualità fra dolo *in*

(70) GLOSSA « *sed in hoc ipso* », cit.

(71) « Si autem velit remanere contractum, potest agere actione ex eo contractu, ne decipiat... et tunc actor omnia debet complere emptori, ac si contractus tenuisset. ». GLOSSA « *sed in hoc ipso* », cit.

initio e in postfacto. In eguale misura, tuttavia, si perde ogni possibilità di riferire questo tipo di vizio ad una struttura generale di *pactum*. Il dolo, per poter essere descritto pienamente, deve essere ascritto ad una delle due strutture più specifiche, nella cui sola determinatezza trova esatta definizione.

CAPITOLO III

NASCITA E EVOLUZIONE DELL'ARCHITETTURA DEI VESTIMENTA

1. Il problema storico dell'azionabilità dei patti. — 2. I primi tentativi di razionalizzazione dell'azionabilità. — 2.1. *Vires pactorum*. — 2.2. *Nomen contractus*. — 3. Insufficienza sistematica dei primi criteri di classificazione. — 3.1. I limiti di crescita del sistema. — 3.2. Il fattore eversivo della *substantia contractus*. — 4. L'emersione di una nuova sistematica. — 4.1. La controversa nascita dei *vestimenta pactorum*. — 4.2. Incompiutezza della prima concezione dei vestimenta a rappresentare la totalità dei patti azionabili. — 5. La compiutezza del sistema. — 5.1. L'assetto definitivo dei vestimenta. — 5.2. La novità sistematica della *cohaerentia contractus* e del *rei interventus*.

1. *Il problema storico dell'azionabilità dei patti.*

L'analisi sull'*utilitas* del *pactum*, sul primo momento di qualificazione giuridica cui i glossatori sottopongono il concetto loro consegnato dal testo romano, ci ha mostrato quasi una monade priva di una specificità strutturale. Dipinto sul piano fattuale nei termini del puro accordo fra due parti, questa nozione non riceve sul piano *in iure* una determinazione dei propri elementi costitutivi. Seguendo un modo di procedere estremamente diverso, quasi antitetico rispetto a quello proprio del giurista moderno, i glossatori trattano dei vizi che possono afferire l'accordo in termini non collegati ad una visione della sua struttura. Il giurista medievale non è in grado di partire da una concezione di *pactum* determinata a priori per dedurne i vizi; egli può solo ricavare e l'una e gli altri dal testo romano, cercando di armonizzare sempre più questi due poli all'interno delle proprie dottrine.

L'operazione del *doctor iuris* non consiste nel trovare nel *pactum* la posizione di un principio, dal quale derivare tutte le conseguenze possibili, quanto nel costruirlo come sede di astrazione, sulla quale

riportare nozioni e principi diversi, variamente sparsi nel testo romano. Un fenomeno che ci viene ben dimostrato dalla riflessione sulle patologie, stridente nel contrasto fra l'istanza a ricondurre ogni cosa sul concetto unitario e l'impossibilità di foggiare i singoli vizi in modo tale da renderli omogenei a questo. Quasi a comporre un mosaico, il giurista medievale trae dalla realtà del *Corpus Iuris* singole patologie che possono affliggere singoli contratti e le infigge nella plasmabile sostanza del *pactum*, senza però che le singole tessere riescano a perdere la propria individualità nel disegno complessivo.

Le risultanze di questa prima analisi sono in grado — considerate anche come riflesso di un ambito metodologico più generale — di porre sotto una luce maggiormente critica gli assunti tradizionali della storiografia sul punto che più ci interessa: l'azionabilità dell'accordo (1).

L'immagine che accomuna tutte le tesi presenti in dottrina — sia quelle portate ad esaltare la costruzione dei glossatori nel senso dell'atipicità, sia quelle di segno contrario — consiste nell'adesione al sostrato minimo del *pactum* di un elemento di qualificazione che, alla stregua della pietra filosofale, conferisca a questo minimo nucleo la piena sanzione giuridica. Un'impostazione certo indotta dalla terminologia delle fonti (2), ma che in questa non può trovare unica

(1) Il « barbaro termine » denunciato da G. ASTUTI, (*Pactum geminatum*, in *Studi di Storia e Diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, I, p. 222 nota 1, ora in ID. *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti a cura di G. DIURNI*, Napoli, 1984) è l'unico cui non si possa veramente rinunciare. Nella sua asetticità esso identifica la situazione di piena tutela dell'accordo, rendendola come questione indipendente dal pregiudiziale punto della sua esistenza. Un punto ben sottolineato *ibidem* dall'ASTUTI, nel momento in cui evidenzia come il patto nudo, lungo tutta l'esperienza giuridica medievale, abbia l'effetto di costituire un'*obligatio*, seppur meramente *naturalis*.

(2) Peraltro propria, come vedremo, solo di una fase matura dell'età della Glossa. L'ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti*, cit., p. 31 non manca di sottolineare come il concetto di *vestmentum*, sola novità del diritto comune nell'esposizione della materia dei contratti, sia « frutto di un'ovvia estensione dell'immagine testuale *pactum nudum*, per cui il patto che non è nudo viene detto vestito, e gli elementi obbiettivi che gli conferiscono efficacia giuridica vengono qualificati come *vestes*, o *vestimenta pactorum*. ». Non è chi non veda la suggestione operata dal testo romano e tuttavia occorrerebbe anche considerare più a fondo l'uso di termini estratti dalla medesima

ragione ⁽³⁾. Sullo sfondo si intravede chiara la mentalità positivista del giurista odierno, che tende a schiacciare sulla ricostruzione del fenomeno contrattuale contingente al proprio tempo storico la complessità di un'epoca così diversa. Una presupposizione che porta ad assumere a priori lo strumentario tecnico dei glossatori per riferirvi i significati più diversi.

In tal modo, molta parte della storiografia attribuisce ai *vestimenta* il ruolo di elemento positivo di caratterizzazione giuridica, segnando in termini formali la relazione che intercorre tra questo e il nucleo di consenso dato dal *pactum*. Della costruzione dei glossatori si pone così in evidenza soprattutto il meccanismo di tale adesione, sottolineandone la derivazione stretta da una determinata concezione dell'ordinamento. Dato questo come armonica composizione di un diritto naturale da cui traggono legittimazione diversi diritti positivi ⁽⁴⁾, è facile condurre a fondo il parallelismo sul terreno della fattispecie contrattuale, individuando al suo interno il collegamento tra una *naturalis* e una *civilis ratio* ⁽⁵⁾. La congruenza tra questi due lati dell'ordinamento si realizza nella struttura di molti istituti per la presenza di un *adminiculum* che sorregge di *civilis ratio*

radice per illustrare anche altri fenomeni di legittimazione giuridica. Basti pensare alla nozione di *vestitura*, con la quale si trasporta nel sistema sapienziale del diritto comune la *Gewere* germanica.

⁽³⁾ Come sembra fare invece il SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 219, che, soffermandosi sullo stile « drastico e scherzoso » di un passo della GLOSSA MAGNA, deduce con sicurezza che « die Lehre von den *pacta vestita* ursprünglich nicht so sehr als ein sich aus den Quellen ergebendes System des Vertragsrechts wie vielmehr als eine didaktisch-bildhafte Veranschaulichung für den Rechtsunterricht gedacht war. ».

⁽⁴⁾ « In realtà, sono di fronte due mondi, anzi, diciamo meglio, due ordinamenti: quello dello *ius naturale*, governato dall'*aequitas*, immutabile ed eterno, e quello umano, contingente e mutevole, dello *ius quod quisque populus sibi constituit*, ispirato dalla *civilis ratio*. » F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit. p. 221. Una concezione che regge tutta la costruzione dell'Autore. È appena il caso di ricordare la profonda teorizzazione operata da F. CORTESE, *La norma giuridica*, cit., I, p. 37 e ss.

⁽⁵⁾ « La prima, riafferma il contenuto etico, e quindi immanente e universale del negozio; la seconda rappresenta la ragion d'essere di questo all'interno di un ordinamento giuridico positivo storicamente determinato. » F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit. p. 223.

il dettato dell'*aequitas naturalis* (6). Razionalizzando in questi termini il fulcro dell'azionabilità dei contratti nei glossatori, si apre la facile possibilità di scorgere nel moltiplicarsi dei *vestimenta* la chiave per aprire il custodito forziere della tipicità romana (7).

Una via speculare è, invece, quella di considerare il ruolo dei *vestimenta* nei confronti del fatto dell'accordo, come espressione della sua rilevanza causale, unica cifra sulla quale costruire l'obbligatorietà (8). Un percorso ancor più semplice, maggiormente contemporaneo alle cifre interpretative del giurista odierno, pericolose e

(6) « Non basta che l'equità sia, in certo modo, un dato interno al sistema positivo, in quanto desumibile mediante analogia. Occorre che essa appaia altresì munita di qualche "adminiculum": e nel linguaggio del glossatore medievale gli *adminicula* — ch'egli prevede aggiunti a *rationes naturales* — son gli schemi predisposti dal diritto per trasformare quelle *rationes* in istituti positivi. Non per nulla nella materia delle obbligazioni si assegna loro il nome di *causae civiles*. » F. CORTESE, *La norma giuridica*, II, cit., p. 332-333.

(7) La proliferazione dei *vestimenta* è espressione propria del Commento. Per una lettura attenta del fenomeno, cfr. I. BIROCCHI, *Studi sulla formazione storica della categoria generale di contratto*, cit., p. 120 ss. Accanto al pericolo insito nella supervalutazione del fenomeno della moltiplicazione dei *vestimenta* è da segnalare quello opposto, che consiste nel vedere l'architettura dei glossatori come intrinsecamente minata da una tautologia congenita, puntualmente inverato da G. LE BRAS, *Accurse e le droit canon*, in *Atti del convegno internazionale di studi accursiani*, Milano, 1968, con parole che meritano di essere riportate: « Aucune règle plus durable en droit romain que l'inefficacité de la simple convention. *Nuda pactio obligationem non parit. Ex pacto actionem non oriri*. On sait comment les canonistes, à partir de la fin du XII siècle, ont renversé la formule, sanctionnant le simple pacte par l'*officium iudicis*, la *denunciatio* ou même par une *condictio ex canone*. La contradiction est élégamment résolue chez Accurse, il nie l'existence du pacte nu. Tout pacte est vêtu par la sollicitude de la loi, par la cause ou par le simple consentement. "*Videtur quod nullum pactum sit nudum, cum quolibet habeat in se consensum, unde vestiri consensu videtur*" ».

(8) È la posizione di G. CHEVRIER, *Essai sur l'histoire...*, cit., p. 44. L'Autore trae dallo studio della *Summa Trecensis* come delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* la convinzione che i giuristi « irneriani » avessero isolato una lucida dottrina degli atti causali, poggiando su questa le basi dell'obbligatorietà dei contratti. Ciò rimarrà intatto come principio presso i giuristi posteriori, riversato nel tessuto dei *vestimenta*: « Nul ne contestait au début du XIIIe siècle que la validité d'un pacte, de même que la force exécutoire d'une obligation passée dans la forme d'une stipulation ou d'un chirographe, dépendissent de l'existence d'une cause naturelle. Sur le premier point, le successeurs d'Irnerius restèrent fidèles aux conceptions du maître: la *causa pacti* fut englobée dans la théorie des *vestimenta pactorum* et sa signification ne varia pas. ».

fuorvianti allorché giustapposte alla realtà del Medioevo ⁽⁹⁾. Ricostruendo l'azionabilità dei contratti su una rilevanza della causa largamente assunta a priori si scopre ben presto di quale impaccio riesca l'inconfutabile presenza storica dei *vestimenta* per un disegno di così anticipatorio assolutismo ⁽¹⁰⁾. Facendosi trasformazione della causa, il *vestmentum* nega immediatamente sé stesso.

La vacuità strutturale del *pactum* indica chiaramente l'inanità dello schema di qualificazione di stampo positivista sotteso ad entrambe le tesi, restando inconcepibile che possa esistere un momento di qualificazione che aderisce a una non-struttura. L'idea stessa di un elemento formale che, aggiungendosi al *pactum*, gli conferisca ingresso al mondo della piena effettività giuridica, parte dall'ipotesi di una perfezione strutturale di questo oggetto, quanto meno dubbia, al vaglio dell'analisi appena ultimata. Allo stesso modo, un giudizio causale della rilevanza di un contratto a produrre obbligazione necessita che nell'accordo sia apprezzabile una minima configurazione organica del regolamento di interessi fra le parti.

L'insufficienza delle tradizionali risposte della storiografia deriva dall'inadeguatezza della questione dogmatica posta alle fonti, costrette in una lettura che risponde a dettami metodologici che non appartennero mai loro. Attraverso questi si estrinseca l'ipotesi continuista, per cui l'unica storia di cui sia meritevole tracciare le linee fondamentali è quella della legalità dei moderni, della fattispecie positiva, della qualificazione a posteriori della rilevanza di un regolamento privato di interessi.

⁽⁹⁾ « Dans les premières œuvres de la renaissance bolonaise, la cause est comme une protestation contre le formalisme... » G. CHEVRIER, op. cit., p. 2.

⁽¹⁰⁾ Se difatti tutto il problema dell'obbligatorietà degli accordi si riduce a doverne valutare caso per caso « il carattere serio e lecito », perché la dottrina medievale si è tanto attardata nella individuazione dei *vestimenta*? La risposta dello CHEVRIER è il lamento per una rivoluzione tradita: « Mais voici que, dès la seconde moitié du XIIIe siècle, et durant le XIVe siècle surtout, l'étude des textes romains se compliquant, le monde de la pratique va se fermer à la doctrine devenue trop savante. Une nouvelle période commence dans l'histoire de la cause, où celle-ci fait figure de question d'école. Elle perd son allure simple et honnête; elle est encombrée de subtilités verbales. » (CHEVRIER, *loc. ult. cit.*). Per lo CHEVRIER la storia procede, a volta, nel senso del regresso. Chi non aderisca a questa impostazione potrà trovare in tante sottigliezze verbali un sistema maturo e compiuto delle fattispecie negoziali.

Partendo da questo presupposto ci si può accontentare (ascrivendo l'ideologia profonda di tal modo di procedere, ci si *deve* accontentare) del fatto che il giurista medievale abbozzi una costruzione claudicante e imprecisa. Rinunciandovi, potremmo avere la ventura di scoprire un sistema, completo e coerente. Occorre, pertanto, ricalcolare di conseguenza l'oggetto di questo spazio di ricerca. Esso consisterà innanzitutto nel verificare la genesi e l'evoluzione complessiva delle architetture isolate dai glossatori per razionalizzare l'azionabilità dei modelli consegnati loro dal testo romano. Solo dopo aver assunto tali dati potremo verificare ciò che le impostazioni tradizionali danno per acquisito: il peso e il ruolo assunto dai *vestimenta* nella definizione delle fattispecie contrattuali e i criteri di organizzazione, le condizioni di operatività e i limiti della costruzione complessiva.

2. I primi tentativi di razionalizzazione dell'azionabilità.

2.1. *Vires pactorum.*

Considerando pianamente il prosieguo degli apparati sul titolo *de pactis*, che abbiamo sinora compulsato limitatamente al problema delle invalidità, possiamo agevolmente notare come il *pactum* sia un concetto esterno anche alla classificazione dei momenti di azionabilità. Il *pactum* continua ad essere una monade intangibile dalle *distinctiones* pure organizzate attorno ad esso; anche su questo secondo piano della sua giuridicità, esso si conferma *strumento* e non *oggetto* di analisi da parte dei glossatori.

Ne troviamo conferma nelle parole della *Summa Trecensis*:

« Si vero ea omnia non obstent immo concurrant, admittitur pactum tum ad agendum tum ad defendendum, nisi vitiatum sit per posterius pactum »⁽¹¹⁾.

Esse ci segnalano un fondamentale aspetto cui abbiamo già prima fatto allusione e che occorre ora approfondire: la distanza che esiste tra validità e azionabilità del patto. La *Summa Trecensis* —

(11) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 10.

opera che continuiamo ad assumere come *incipit* per la nostra disamina — pone nettamente questa caratteristica, che costituirà presupposto indefettibile di tutta la riflessione dei glossatori. Il *pactum* è qualcosa che esiste nel mondo dei fenomeni giuridici prima e oltre ogni giudizio circa la sua abilità a produrre effetti sanzionabili. L'esistenza del patto si dà tutte le volte in cui il fatto dell'accordo non sia viziato da alcuna delle patologie che abbiamo prima illustrato (« *si vero ea omnia non obstant* »), restando indenne rispetto ai precetti da cui derivano quei vizi (« *immo concurrant* »).

Sono questi gli unici termini sui quali si possa giudicare la realtà del *pactum* come fatto giuridico, e ciò ci viene confermato dalla precisazione della *Summa*, che ridondante afferma come esso possa essere posto nel nulla — pur valido — da un eguale fatto giuridico di segno contrario (« *nisi vitiatum sit per posterius pactum* ») o da un altro fatto che, intervenendo posteriormente, pure tolga al patto ogni possibilità di incidere sul complesso dei fenomeni giuridici. Una realtà che la *Summa* riunisce nell'apparenza di un principio:

« ...illud enim pactum custodiendum est quod ab initio non vitiose factum est, nec postea in eius preiudicium aliquid factum est. » (12).

Viene così a ribadirsi quella che, nell'ottica del giurista moderno, costituisce una contraddizione insanabile: la non identità tra la *fattispecie* che delimita le condizioni di esistenza del regolamento privato di interessi e quella che ne detta il regime degli effetti. Si apre qui un ulteriore spazio di critica a tante dottrine tradizionali, che hanno sempre tentato di trovare nelle architetture dei glossatori un'azionabilità intesa come il massimo punto raggiungibile di perfezione della disciplina pattizia. In piena aderenza ad un approccio positivista, il giurista odierno ha indagato le dottrine medievali cercandovi una graduazione tra morfologie strutturali e regimi degli effetti. Due insiemi concettuali reciprocamente comunicanti nel moderno del diritto.

Una relazione che non ci viene esplicitata dal giurista medievale, che non si cura di definire diverse strutture di *pactum* in dipendenza

(12) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *loc. ult. cit.*

reciproca da diversi regimi di effetti. Tutte le opere dell'età della Glossa costruiscono i propri apparati sulla rigida separatezza tra esistenza dell'accordo, valutazione della sua liceità e campi possibili di efficacia. *Vires pactorum*: questa la terminologia comune alla più parte dei glossatori per indicare gli effetti possibili dell'accordo, le potenzialità che esso può esprimere verso il tessuto dei rapporti giuridici. Essa indica quanto il giurista medievale sia alieno dal porre in un rapporto di scala i diversi effetti possibili del patto. Come vedremo, l'azionabilità del patto, che il giurista moderno ritiene dal proprio punto di vista il massimo confine possibile della sanzione giuridica, rimane, nelle dottrine del giurista medievale, perfettamente complanare ad altri regimi, anche a quelli che odiernamente si riferiscono al minimo grado configurabile di rilevanza di una fattispecie.

L'opera definitoria dei glossatori si eserciterà sempre nel descrivere la latitudine d'effetti del *pactum*, ma senza che ciò conduca a ridefinire il concetto in termini di struttura; essi non intendono valutare gli effetti della singola fattispecie analizzandone previamente i dati costitutivi. Il *pactum*, nella sua generalità, rimane ancora un dato, la cui rilevanza va misurata a partire dalle modificazioni che esso impone al tessuto di relazioni sul quale interviene. È così che il principale oggetto di studio del giurista medievale è costituito dalle *vires pactorum*. Un principio sistematico che si tradurrà in dottrine sempre più complesse, ma che non verrà mai sostanzialmente abbandonato. Individuando sempre più sottilmente le *vires*, i glossatori prenderanno in esame un novero di ipotesi contrattuali che si estenderà continuamente; comprendendo in una sistematica unitaria i modelli romani, essi tenteranno di isolare i criteri attraverso i quali la compilazione giustiniana provvede le figure di accordo di diversa efficacia. Anche sotto questo profilo la *Summa Trecensis* si pone all'inizio di un percorso complesso nella farragine delle voci, ma unitario nella continuità delle esigenze sistematiche, tutte riconoscibili in ogni punto dell'evoluzione dottrinale.

2.2. *Nomen contractus*.

La *Summa*, difatti, prende in considerazione due effetti principali del patto, per ridurre tutta la sistematica in una semplice

diarchia, che si svolge fra i patti abili a produrre tanto l'azione quanto l'eccezione e ipotesi capaci soltanto di questo secondo effetto. Una differenza che viene espressa, *prima facie*, nei termini dello schema di qualificazione:

« Si quidem ad agendum: necesse est, ut ea quae supra dicta sunt in promissionis causa, et cetera alia adsint » (13).

I patti del primo tipo debbono quindi aggiungere al nucleo minimo dell'accordo una caratteristica ulteriore, addivenendo così al massimo livello possibile di sanzione giuridica. Altra è la disciplina per la seconda specie di accordi, identificata con un termine che incomberà, d'ora in poi, sistematicamente:

« Ad defensionem vero etiam nuda pacta admittuntur, quia procliviora sunt iura ad defendendum quam ad impugnandum et facilius exceptionem quam actionem tribuunt. » (14).

Il patto nudo si contrappone qui ad altre fattispecie, più complete di elementi di qualificazione e quindi ammessi ad un più alto livello di tutela. Queste si distinguono tra loro secondo un criterio assai significativo, il *nomen*:

« Si autem in generali nomine stet, necesse est datonem seu factum intervenire, ut prescriptis verbis actio nascatur... » (15).

(13) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 11.

(14) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 12.

(15) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 11. H. DILCHER, *Der Typenzwang in mittelalterlichen Vertragsrecht*, cit., p. 275, sottolinea l'affinità tra la SUMMA TRECENSIS e il BRACHYLOGUS IURIS CIVILIS sul punto della classificazione dei modelli contrattuali romani sul criterio del *nomen*. Una caratteristica che testimonia, secondo questo autore, come queste due opere, al pari delle EXCEPTIONES PETRI, replichino fedelmente la tipologia del *Corpus Iuris*. È da segnalare, tuttavia, come il BRACHYLOGUS (3,3,3 e 4 ed. BÖCKING, *Berlin 1829*) tratti diversamente della distinzione romana tra contratti nominati e innominati, riportandola come specificazione della sola classe dei contratti reali e quindi limitandone la portata definitoria: « Re contractus est, cum intercedit ad contrahendam obligationem. huius species sunt duae. ». Questa caratteristica non è giudicata dal DILCHER idonea a tracciare una differenza tra quest'opera e la *Summa Trecensis*. Nella sua impostazione, difatti, il vero punto di evoluzione della dogmatica medioevale rispetto alla sistematica del

I patti titolati del solo *nomen generale* producono l'azione *praescriptis verbis*, se provvisti di un fatto concludente, identificato nella dazione della cosa o nella prestazione di un fatto. Alla specificità del regolamento di interessi corrisponde la pari aspecificità dell'azione risultante, in piena aderenza al regime romanistico dei *contractus innominati*. In questo caso l'accordo dei privati va provvisto di un *quid* che sia posteriore e esterno al momento della sua conclusione. Il fatto concludente dell'inizio dell'esecuzione fonda l'obbligatorietà dell'accordo, conferendo piena tutela alla pretesa per l'adempimento della controprestazione, in una dimensione in cui più facile risulta intravedere il ruolo dell'*aequitas*:

« ...nam in datione quodcunque pactum factum est servatur » (16).

L'immagine di un momento di legittimazione che aderisce *ex post* al regolamento privato d'interessi, isolato a partire dalla realtà dei contratti innominati, viene riproposto sul piano dei modelli nominati:

« Si autem in speciale nomen transeat, hoc ita demum fit, si obligatio rei vel verborum seu litterarum, vel consensus ibi ubi solus consensus sufficit ad obligationem parandam, pacto adminiculetur: tunc enim actionem quae ex contractu nomen sumit parit, ut empti commodati depositi » (17).

Contrariamente alle ipotesi soggette al *nomen generale*, l'azionabilità del patto *sub speciali nomine* viene affermata in sé e dipende dalla sola riconoscibilità del *nomen* stesso. Il procedimento della *Summa* è perspicuo: essa assume dal testo romano i due modelli del contratto nominato e innominato e percepisce quest'ultimo come fatto di un accordo cui aderisce posteriormente un elemento di legittimazione, per poi riproporre questo medesimo schema per la comprensione delle fattispecie *nominatae*. Così come la *datio* o il

Corpus Iuris è costituito dalla perdita di centralità del criterio del *nomen contractus*, che si realizza solo più tardi.

(16) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, loc. ult. cit.

(17) SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, loc. ult. cit.

factum debbono *intervenire* per far sorgere l'*actio praescriptis verbis*, allo stesso modo, nella seconda classe di fattispecie, una delle quattro *causae obligationum* debbono essere *adminicula* del patto.

Alla raffigurazione di un meccanismo di adesione non corrisponde, tuttavia, una reale capacità definitoria. Questo tipo di sistematica, difatti, è ben lungi dall'integrare un vero apparato positivo. L'elemento reale, le solennità verbali, le formule letterali o il semplice consenso non provvedono di per sé ogni patto della massima sanzione: per sortire questo effetto occorre riconoscervi *ex ante* i caratteri dell'*obligatio rei, verbis, literis, consensu*: «...vel consensus ibi ubi solus consensus sufficit ad obligationem parandam».

La tautologia della *Summa Trecensis* è quindi ben lungi dal definire questi quattro momenti nel loro ruolo rispetto alla minima struttura del *pactum*; essi non attribuiscono l'azionabilità per il solo fatto di esistere. Attraverso questi, la *Summa* semplicemente descrive la particolare *vis* dei modelli nominati, senza preoccuparsi in alcun modo di distinguere tra modelli di rilevanza causale, quali il *consensus* o la *res*, e momenti che rilevano in una prospettiva formale.

In questa impostazione, le quattro *causae obligationum* del diritto romano non servono ad altro che ad esemplificare, non ad attribuire il *nomen contractus*, che resta arbitro della disciplina complessiva: «...tunc enim actionem quae ex contractu nomen sumit parit, ut empti commodati depositi».

3. *Insufficienza sistematica dei primi criteri di classificazione.*

3.1. *I limiti di crescita del sistema.*

La sistematica della *Summa*, basandosi sul *nomen contractus*, affida a questo carattere due compiti. Il primo consiste nel distinguere due campi di effetti, quello identificato nella piena tutela e quello compreso nei più ristretti limiti della semplice eccezione. Il secondo risiede nel distinguere all'interno della prima categoria i modelli che acquistano l'azionabilità in virtù di una legittimazione successiva alla costituzione dell'accordo dai modelli gratificati di questa *vis* sin dal momento del loro sorgere. Descritta dalla *Summa*, tale organizzazione viene esplicitata da Rogerio, all'interno di una sistemazione apparentemente più complessa.

L'architettura rogeriana, difatti, procede per bipartizioni successive, iniziando da una *distinctio* che abbiamo già analizzato, quella tra patti taciti e espressi. In questa seconda classe si operano le distinzioni successive, attraverso diarchie parallele di concetti di cui, però, non si esplicitano tutti i termini:

« Expressa, quedam sunt publica, quedam sunt privata » ⁽¹⁸⁾.

Nulla ci viene detto dei *pacta publica*; le distinzioni continuano soltanto sul lato delle *privatae pactiones*:

« Privata, quedam legis, quedam iuris gentium. Iuris gentium, quedam sunt principalia, quedam accessoria » ⁽¹⁹⁾.

Ancora una volta, Rogerio lascia monca la bipartizione, per concentrarsi soltanto sui patti che trovano legittimazione nello *ius gentium*, arrivando così alla *distinctio* di suo pregno interesse, quella tra patti principali e accessori. Sulla prima categoria si riporta l'ulteriore diarchia tra patti azionabili e non azionabili, riproponendo i criteri fondamentali adoperati dalla *Summa Trecensis*:

« Principalia, quedam remanent in generali nomine, quedam transeunt in speciale » ⁽²⁰⁾.

L'adesione al criterio porta alle medesime conseguenze sul piano degli effetti:

« Que remanent in generali nomine, aut viribus solius pacti censetur, aut sunt subnixae datione vel facto, ut in contractibus innominatis, et sunt obligatoria. Que non adiuvantur datione vel facto non sunt obligatoria, et hoc est quod dicitur: "ex nudo pacto non oritur actio". » ⁽²¹⁾.

Rogerio porta così a risoluzione talune ambiguità sistematiche

⁽¹⁸⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 18.

⁽¹⁹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽²⁰⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽²¹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 19. Cfr. H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 275.

presenti nella *Summa Trecensis*. Questa distingue tra un patto nudo, valido nella sua minima configurazione soltanto a produrre un'eccezione in confronto alla pretesa avversaria e un patto *in generali nomine*, abile all'azione ma, al pari del primo, non dotato di una qualificazione specifica. Due termini, dunque, che appaiono identificati con una diversa denominazione, cui tuttavia non corrisponde una diversità morfologica. Il vincolo autoritativo del testo romano, che impone il lessema « *pactum nudum* » si scontra con la tensione definitoria del giurista, costringendolo a una vuota *distinctio*. Rogerio vi rinuncia, scegliendo di esplicitare una graduazione più articolata delle *vires*, organizzata attorno al concetto di *pactum*, ma non dedotta dalle sue minime caratteristiche.

Al livello più basso il *pactum in generali nomine*, fulcro del sistema; più oltre lo stesso *pactum* provvisto dell'elemento della *datio vel factum*, che gli conferisce l'obbligatorietà ⁽²²⁾. Culmine dell'architettura rogeriana, i *pacta sub speciali nomine*:

« Quedam transeunt in speciale nomen, ut emptio, locatio et conductio. Que transeunt in speciale nomen quedam contrahuntur re, quedam verbis, quedam literis, quedam consensu » ⁽²³⁾.

Nel discorso di Rogerio troviamo riaffermata con maggiore nettezza la sostanza del pensiero della *Summa Trecensis* sull'azionabilità di questa specie di patti, che non deriva altro che dall'attribuzione del *nomen*, rispetto alla quale l'*obligari re, verbis, litteris* o *consensu* dell'antico diritto assume un mero ruolo di esemplificazione. Se rimanessimo confinati negli angusti limiti del quesito posto alle fonti dalla storiografia, completamente stretto nella alternatività esclusiva tra azionabilità e non azionabilità, non potremo percepire la novità del *dictum* rogeriano. Essa consiste nel marcare la differenza che corre tra le ipotesi rese obbligatorie dall'inizio dell'esecuzione rispetto a quelle che assumono la piena sanzione sin dal loro

⁽²²⁾ È appena il caso di notare la diversa terminologia adottata dalle due opere qui confrontate. La *SUMMA TRECENSIS* parla solo di patti abili *ad agendum* o soltanto *ad defendendum*; ROGERIO pone invece la distinzione tra *pacta obligatoria* e *non obligatoria*.

⁽²³⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

concludersi ⁽²⁴⁾. Una distinzione che, non esplicitata pienamente da Rogerio, pure costituirà, nelle dottrine successive, un forte stimolo argomentativo.

Nell'architettura rogeriana trovano altresì compimento due problemi dogmatici appena accennati dalla *Summa Trecensis*, che non potrebbero comprendersi altro che accettando l'impostazione del giurista medievale, centrata sullo studio paritetico di tutte le possibili *vires pactorum*. Il primo riguarda l'altro lato della partizione fra i patti *iurisgentium*: i *pacta accessoria*. Con questo termine si identificano quegli accordi che, intervenendo sul tessuto di un contratto già concluso, sono tesi a modificarne i termini.

È, questa, una delle problematiche più interessanti dal nostro punto di vista, lo specchio in cui si riflettono molteplici aspetti della realtà dei contratti per come analizzata dai glossatori. La *Summa Trecensis* affrontava il punto all'interno della categoria dei patti *sub speciali nomine*, quasi come un logico sviluppo delle sue caratteristiche:

«...tunc enim actionem quae ex contractu nomen sumit parit, ut empti commodati depositi. Item quedam pacta informant actionem, ut ea quae in continenti fiunt, id est in ingressu contractus» ⁽²⁵⁾.

Il collegamento fra queste due problematiche è dato dalle specificità dell'azione: il patto *speciale* produce un'azione che trae disciplina dal *nomen contractus*, la cui tipicità può essere modificata solo da un ulteriore patto, che la ponga in una forma diversa

⁽²⁴⁾ Inizia qui un percorso che costituirà un fondamento argomentativo molto importante anche presso le dottrine successive. Nelle fattispecie poste *sub generali nomine*, infatti, l'obbligatorietà si crea nel momento in cui una parte esegue completamente la propria prestazione e si dirige solo a carico dell'altra, vincolata da quel momento a adempiere la propria, in piena aderenza ad una struttura sinallagmatica, i cui due momenti, genetico e funzionale, sono contemporanei. Le fattispecie *sub speciali nomine* comprendono tanto ipotesi non sinallagmatiche, quanto ipotesi (come la compravendita) in cui la reciprocità si pone su un profilo puramente obbligatorio. Nelle fattispecie *sub generali nomine* la parte che ha dato corso per prima al contratto è, di conseguenza, meno garantita *in re*, avendo a disposizione l'azione per l'adempimento e quella per la restituzione, mentre la parte di un contratto sinallagmatico *sub nomine speciali* ha a disposizione un rimedio migliore: *l'exceptio inadimpleti contractus*.

⁽²⁵⁾ SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 11.

(« *informant* ») ⁽²⁶⁾. La *Summa* non conferisce a questi patti la dignità di una classe specifica; il loro effetto è comunque riconducibile al criterio sulla base del quale è isolata la categoria dei patti *sub speciali nomine*, ossia la produzione dell'azione. Non a caso essa considera soltanto il caso in cui la disciplina modificativa si instaura sul tessuto del contratto principale contemporaneamente al sorgere di questo, pretermettendo completamente il caso opposto, in cui il patto aderisce al contratto principale in un momento posteriore, frutto di una successiva volizione delle stesse parti. L'unica distinzione tracciata dalla *Summa Trecensis* su questo terreno considera se il contratto sul quale il patto si inserisce sia di buona fede o di stretto diritto:

« Et hoc tam in bonae fidei quam strictis iudiciis, set hec differenter: in bone fidei agi potest actione ex contractu secundum pacti formam item actione prescriptis verbis, in strictis vero iuditiis ex pacto tantum, id est prescriptis verbis » ⁽²⁷⁾.

L'azione che scaturisce da un contratto di buona fede è in grado di estendere la propria tutela anche a quanto le parti hanno stabilito accessoriamente, rimanendo tuttavia la possibilità di adire la via della tutela autonoma dell'accordo posteriore, attraverso l'azione *praescriptis verbis*. Questa rimane, invece, l'unico rimedio possibile per esercitare le pretese derivanti dal patto che innovi un contratto di stretto diritto ⁽²⁸⁾.

3.2. *Il fattore eversivo della substantia contractus.*

Rogero estrae questa problematica dal sicuro alveo nella quale veniva collocata dalla *Summa*, conferendo ai patti accessori una

⁽²⁶⁾ « Quinimo interdum informat ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis, sed hoc sic accipiendum est, ut siquidem ex continenti pacta subsecuta sunt etiam ex parte actoris insunt si ex intervallo non inerunt, nec valebunt, si agatur ne ex pacto actio nascatur. ». D. 2, 14, 7, 5.

⁽²⁷⁾ SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, loc. ult. cit.

⁽²⁸⁾ Cfr. sul testo citato da ultimo l'opinione di P. VACCARI, "Pactum vestitur contractus cohaerentia". *La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei Glossatori*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano, 1940, p. 223. (ora in Id., *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956).

piena autonomia di classificazione, cui corrisponde la volontà di considerare nella loro specificità le *vires* di tali accordi. Lo schema della *Summa*, volto a comprendere queste ipotesi come variazioni sul tema del patto azionabile si dimostra subito insufficiente, una volta che le vicende del patto accessorio vengono misurate in termini strutturali:

« Accessoria, quedam sunt de substantia contractus, quedam de natura, quedam extra naturam » ⁽²⁹⁾.

Una tripartizione — originata da riferimenti del testo romano che risiedono tanto nel titolo *de pactis* come in altre parti della compilazione — che avrà molta fortuna presso i glossatori. La analizzeremo appieno in seguito, una volta ferma la riflessione sui criteri isolati dai glossatori per la classificazione dei modelli romani ⁽³⁰⁾; al momento ci è sufficiente averla introdotta, per mostrare come, attraverso essa, il novero degli effetti possibili del patto accessorio si estenda notevolmente:

« Que sunt de substantia, aut informant, aut renovant pacta. Informant, veluti contingit in venditionibus, si pactus sum de augendo pretio vel diminuendo, et hoc agatur ne a priori contractu recedatur. » ⁽³¹⁾.

Il *pactum de substantia* è quello che interviene a modificare gli elementi essenziali di un contratto. Nel caso della compravendita — esempio privilegiato, e non a caso, per tutta una serie di diatribe — si riconosce questa caratteristica al patto che aumenti il prezzo di

⁽²⁹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 20.

⁽³⁰⁾ Del resto, la vicenda della *substantia contractus* attraversa quasi come un fiume carsico gli apparati sul titolo *de pactis*. Dopo ROGERIO, il primo a trattare organicamente in questa sede di tale categoria sarà ODOFREDO. AZONE, il cui contributo costituirà un notevole punto di evoluzione della dottrina e la cui riflessione si trova trasposta nella glossa accursiana, la esporrà partendo da istituti specifici, come la compravendita, tracciando le affinità con altre discipline, come quella dei legati. Una circostanza evidenziata già da ODOFREDO: « et hanc suam opinionem probat non per leges quae loquuntur in pactis, sed per leges quae loquuntur in ultimis voluntatibus... » (*ad l. In bonae fidei, C. de pactis*, n. 12, fol. 65 r.).

⁽³¹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

vendita. La modifica di questo tessuto essenziale della disciplina contrattuale è sottoposto alla stessa tutela risultante dal primo regolamento: l'azione originale è, così, « *informata* » dal *pactum*. Se la modificazione della *substantia* è però tale da non potervi riconoscere i tratti della fattispecie originaria, abbiamo l'ipotesi della novazione contrattuale, che costituisce quindi il limite superiore della possibilità di modificazione di una disciplina esistente. In questo caso, un nuovo regime prenderà il posto del precedente, e le azioni risultanti rampolleranno da questa nuova materia negoziale ⁽³²⁾.

La modifica della *substantia* è indifferente a ogni considerazione circa il momento in cui il patto si innesta sul tessuto contrattuale precedente:

« Sed in his quae sunt de substantia, non distinguitur utrum incontinenti, an ex intervallo fiant...in his autem intelligendum est quod veterem actionem informant aut renovant, novam autem prescriptis verbis nunquam pariunt » ⁽³³⁾.

La possibilità di accordare l'azione *praescriptis verbis* indica l'ipotesi di sanzionare autonomamente il patto accessorio, alternativa alla tutela risultante dalla nuova fattispecie, considerata globalmente ⁽³⁴⁾. Questo tipo di tutela autonoma veniva preso in considerazione dalla *Summa Trecensis* per ogni figura di patto accessorio. Secondo Rogerio, esso non è logicamente configurabile nel caso in cui il patto successivo — per essere intimamente affine alla struttura sulla quale interviene — può condurre alla novazione dell'intera fattispecie contrattuale. In questa prima condizione di operatività il patto accessorio non è in realtà isolabile dal contesto strutturale sul

⁽³²⁾ « Si autem hoc agatur ut a priori contractu discedatur, renovatur contractus. Quod agi semper intelligitur, nisi in contrarium agatur ». Lo schema di ROGERIO si centra quindi su di una presunzione. Ogni modifica del tessuto contrattuale precedentemente intervenuto fra le parti comporta, se i soggetti non convengono in contrario, la caducazione del contratto precedente e la sua sostituzione con un nuovo negozio.

⁽³³⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 21. H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 275, segnala come la teoria dei *substantialia contractus* rappresenti il vero punto di novità dell'apparato di Rogerio rispetto alle opere precedenti.

⁽³⁴⁾ Cfr. VACCARI, « *Pactum vestitur contractus cohaerentia* », cit., p. 228.

quale interviene ⁽³⁵⁾. Un'operazione che si può condurre solo sugli altri due piani in cui si rappresenta la struttura del regolamento contrattuale:

« Que sunt de natura vel extra naturam, quedam fiunt incontinenti, quedam ex intervallo » ⁽³⁶⁾.

Nel caso in cui il patto modificativo intervenga *incontinenti*, contestualmente o quasi alla conclusione del contratto principale ⁽³⁷⁾, si produrrà tanto l'effetto informativo dell'azione tipicamente risultante dal modello principale, quanto la tutela autonoma del patto annesso ⁽³⁸⁾. Se la disciplina accessoria viene stipulata *ex intervallo*, dopo un certo lasso di tempo dalla conclusione della principale, da essa non potrà derivare che un'eccezione ⁽³⁹⁾.

L'unico aspetto in virtù del quale i patti accessori risultavano

⁽³⁵⁾ La soluzione rogeriana sui patti che incidono sulla *substantia contractus* è l'unica ad essere testimoniata da una fonte diretta. ODOFREDO riporta la posizione di MARTINO: « Sed quod pactum erat validum? utrum primum super emptione. an secundum super re augenda vel minuenda: vel super precio augendo vel minuendo? circa hoc dixit Martinus si pactum sit super re augenda, vel minuenda: vel super precio augendo vel minuendo: tantum primum et posterius pactum: quia primum non novatur per posterius, et ex utroque potest agi: et si agat ex primo, agitur ex forma posterioris: nisi actum esset in contrarium, ut ex solo ultimo pacto ageretur.. » (*in l. In bonae fidei, C. de pactis* n. 11, fol. 65 r. col. 1). Cfr. anche ODOFREDO *in l. Iurisgentium § adeo autem, ff. de pactis* (fol. 76 r. col. 2).

⁽³⁶⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽³⁷⁾ ROGERIO non descrive le caratteristiche della distinzione tra *pactum incontinenti* e *ex intervallo*, propria della terminologia del testo romano. Come vedremo, molti apparati successivi rinunciano, in egual misura, a tratteggiare una definizione. Opera complessa, questa, nella quale una concezione meramente temporale sarà superata da una visione che parte dall'analisi della struttura del contratto sul quale il patto accessorio interviene.

⁽³⁸⁾ « Que fiunt incontinenti pariunt novam et veterem informant actionem, sive de natura, veluti et caveatur de evictione cum fideiussore, ut in Dig. De contrahenda emptione, l. pacta, sive extra naturam. veluti: vendidi domum hac lege ut habitare liceret. Si incontinenti, pariunt actionem novam prescriptis verbis, et veterem informant. ». ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽³⁹⁾ « Si ex intervallo, actionem non pariunt, sed defensionem parant, veluti si esset in domo, se tueri posset exceptione pacti, si fideiussor vel pignum datum esset, retineri posset ». ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

meritevoli di menzione nell'apparato della *Summa Trecensis* — la distinzione fra contratti buona fede e di stretto diritto — si trova così ad essere incastonato in un'architettura assai più complessa ⁽⁴⁰⁾, il cui effetto immediato è nell'estensione sistematica delle *vires pactorum*. I due effetti che la *Summa Trecensis* attribuiva al patto, la produzione di un'azione o la nascita di un'eccezione, divengono in Rogerio quattro, dal lato attivo. Il patto può produrre un'azione in via principale, nell'ipotesi in cui ricada sotto un *nomen speciale*; allo stesso modo ne può produrre una alternativa (« *parit novam* »), nell'ipotesi di patto annesso *incontinenti* ad una fattispecie precedente, di cui tende a modificare i caratteri *de natura o extra naturam*. In questi stessi casi esso può modificare, provvedendola di un nuovo contenuto, l'azione tipicamente risultante dal contratto già concluso, sino ad arrivare alla totale novazione di questo.

Un quinto effetto si aggiunge sul lato passivo: la nascita dell'eccezione. La *Summa* lo tratteggiava nelle sembianze di un principio generale, in virtù del quale tutti i patti, ancorché nudi, sono abili a produrlo. Una regola che si specifica in questa contestualizzazione:

« Ea autem pacta quae prosunt ad defensionem, quaedam ipso iure elidunt intentionem, ut in furti et iniuriarum, quaedam per exceptionem sive perpetuam sive dilatoriam » ⁽⁴¹⁾.

L'effetto estintivo dell'azione titolata alla controparte può dunque operare a seconda dei casi *ipso iure* o *per exceptionem*, a istanza di parte. Anche in questo caso lo spunto della *Summa* viene svolto da Rogerio su basi più complesse, pur facendo ricorso alle stesse esemplificazioni abbozzate dall'opera precedente e che diverranno, come vedremo, tradizionali:

« Dictum est quod pacta quaedam sunt quae valent ad agendum,

⁽⁴⁰⁾ « Et hoc quod dictum est, quod pariunt novam actionem, et veterem informant, verum est si in contractibus bonae fidei sunt. Sin autem in contractibus stricti iuris, novam solummodo pariunt actionem, veterem vero non informant. Cum incontinenti facta sunt, nec potest distingui quod supra distinctum est in bonae fidei contractus ». ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁴¹⁾ SUMMA TRECENSIS, ed. FITTING, *de pactis*, cit., n. 16.

quedam ad defendendum. que valent ad defendendum, quedam tollunt actionem ipso iure, ut si pactus sim ne agam furti, vel iniuriarum. » (42).

Gli accordi validi soltanto a procurare una difesa rispetto alla pretesa avversaria sono distinti in due classi. La prima, dei patti che operano *ipso iure*, contiene quelle fattispecie che hanno ad oggetto la rinuncia all'esercizio di un'azione non contrattuale i cui presupposti si sono già compiuti; in questo caso, l'azione estinta non può più risorgere.

La seconda classe, quella dei patti che hanno effetto *ope exceptionis*, è centrata sull'ipotesi del *pactum de non petendo*:

« quedam sunt que tolluntur per exceptionem, veluti si cum mihi debetur quinquaginta, pepigi ne peterem. si agam, quia naturalis obligatio sublata est ipso iure per pactum, civilis petitio eliditur per exceptionem. » (43).

In questo caso — la cui analisi riprenderemo in seguito, per la grande importanza sistematica che riveste — l'irrevocabilità dell'effetto estintivo della pretesa viene ricostruito in termini assai diversi. La pretesa dell'attore deriva qui da una fattispecie contrattuale e viene posta nel nulla da un secondo accordo, intercorrente fra le stesse parti. Il creditore rinunciante non può manifestare unilateralmente una volontà contraria a quest'ultimo patto; la sua pretesa viene quindi impedita dall'eccezione della parte avversaria.

La visione della *Summa Trecensis* è centrata sull'apparenza di un dato formale: l'assenza di uno degli elementi di legittimazione all'azione che porta il patto ad essere valido solo *ad defendendum*. Questa elementare relazione logica si trasforma in Rogerio in una prospettiva diversa, volta ad apprezzare i diversi effetti possibili del patto partendo dall'ipotesi che questi non possano essere posti in una relazione di grado, ma di qualità. In quest'ottica, anche la realtà del patto nudo si esprime in termini di una fattispecie specifica, costruita in termini diversi dall'ipotesi che genera un'azione e tuttavia funzionale ad un fine specifico.

(42) ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit., n. 23.

(43) ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

Un'impostazione completamente nuova, che porta il *pactum nudum* a non essere più concetto determinato in negativo rispetto ai patti produttivi di azione. Ci è più difficile, a questo punto, immaginare una struttura a cerchi concentrici, fatta di un nucleo comune che determina l'*utilitas ad defendendum* cui, solo in taluni casi, aderisce il *quid* valido a produrre la piena sanzione.

4. *L'emersione di una nuova sistematica.*

4.1. *La controversa nascita dei vestimenta pactorum.*

L'enumerazione della varietà delle *vires pactorum* sarà una costante degli apparati successivi. Non per questo, tuttavia, essa diverrà la cifra sistematica unitaria per la comprensione della realtà dei *pacta*; piuttosto, in essa si rappresenta uno degli obbiettivi cui i glossatori tendono, cui mira una molteplicità di criteri diversi. Una testimonianza di questo fenomeno si può trovare nella *Summa Codicis* di Piacentino, la cui trattazione, dopo una varia messe di *distinctiones*, giunge a isolare cinque *vires pactorum*:

« Vires pactorum (sicut dictum est) sunt quinque: pariunt actionem, pariunt exceptionem, informant, elidunt quoque et adiuvant »⁽⁴⁴⁾.

Il tentativo di distinguere sempre più sottilmente le diverse sfaccettature del campo di effetti che la *Summa Trecensis* identificava nel « *defendendum* » dà prova della rilevanza crescente che la questione assume per i glossatori. Piacentino, in questo modo, isola numerosi effetti negativi che il *pactum* può produrre a carico di una fattispecie. Se restassimo sul piano di questa enumerazione degli effetti, sembrerebbe che il patto può tanto produrre un'eccezione, quanto elidere l'azione avversaria, privarne d'efficacia l'esercizio, senza modificare in nulla l'obbligazione che ne costituisce titolo, aspetto necessario della sistematica rogeriana. Portando l'attenzione ad altre parti dell'apparato, tuttavia, abbiamo modo di notare un primo (fra i tanti) spazi d'incongruenza che si aprono nella costru-

⁽⁴⁴⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, p. 45.

zione di questo autore. Altrove, difatti, l'effetto di elisione consegue solo alla produzione di un'*exceptio* ⁽⁴⁵⁾, malgrado nell'enumerazione delle *vires pactorum* questi due termini siano indicativi di effetti autonomamente classificati e paralleli. Piacentino complica viepiù il quadro degli effetti negativi, aggiungendone un altro, consistente nell'*adiuvare* la posizione del debitore escusso. *Adiuvant quae sunt ad replicationem* ⁽⁴⁶⁾: dopo aver cercato di saggiare le due prime dimensioni passive, Piacentino ne calcola una terza, calando la fattispecie nella prospettiva dinamica data dalla realtà della controversia e dalla sua struttura dialettica ⁽⁴⁷⁾. Il patto porta così all'elisione dell'azione avversaria se l'efficacia di tale regolamento può essere costruita a favore del convenuto, ma dallo stesso patto o da un altro, pur intercorrente fra le stesse parti, può derivare all'attore un ulteriore momento di invalidazione dell'eccezione avversaria: la *replicatio*, appunto ⁽⁴⁸⁾. Dal punto di vista strutturale, non possiamo scorgere alcuna vera differenza tra l'*exceptio* e la *replicatio*, entrambi fatti impeditivi della pretesa avversaria.

A fronte di questo furore analitico, che porta spesso ad una moltiplicazione senza vero motivo dei termini della classificazione, notiamo come rimangano eguali al disegno rogeriano gli effetti attivi del *pactum*, la genesi dell'azione originaria e l'effetto informativo di quella risultante da una precedente fattispecie. La vera novità della costruzione di Piacentino si manifesta allorché si tratta di ricondurre tale molteplicità di *vires* ad una differenza tra strutture.

⁽⁴⁵⁾ « Elidunt pacta quae sunt ad exceptionem... » PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁴⁶⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁴⁷⁾ Tra le molte distinzioni che animano la disamina del titolo *de pactis*, si ritrova non a caso quella che definisce gli effetti ostativi dell'accordo a seconda che si producano *ex parte actoris* o *ex parte rei*. Cfr. PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁴⁸⁾ Una situazione che Piacentino esemplifica sulla successione di più accordi, l'uno di rinuncia all'esercizio dell'azione, cui fa seguito un secondo patto, finalizzato a eliminare il primo: « Eliditur dumtaxat exceptione et replicatione: Sicut enim pacto facto de non petendo remanet actio quia excipitur, ita pacto facto de repetendo durat exceptio quia replicabitur » (*Summa Codicis, de pactis*, pp. 43-44). La problematica del patto *de non petendo* ci intratterrà lungamente in seguito. Ne anticipiamo qui il piccolo spazio dedicatovi da Piacentino, peraltro poco significativo ai fini dell'evoluzione della problematica, solo per mostrare la sua impostazione dell'*exceptio* e della *replicatio*, come lati diversi della stessa realtà, definibili soltanto dal lato soggettivo.

Il patto nudo che, nella sistematica della *Summa Trecensis*, si contrappone alla fattispecie dotata di un *nomen*, torna ad essere centro della sistematica. Ad esso, tuttavia, si confronta un termine creato autonomamente dal giurista medievale per fungere da suo opposto:

« Item quaedam sunt nuda, quaedam induta. »⁽⁴⁹⁾.

La *Summa Codicis* di Piacentino divide infatti con l'anonima *Epitome exactis regibus*⁽⁵⁰⁾ l'onore di introdurre la semplice e rozza diarchia che scuote tanti animi moderni, certo più della coscienza giuridica degli effettivi protagonisti di questa vicenda culturale⁽⁵¹⁾. Analizzando i caratteri in cui l'architettura dei *vestimenta* viene riportata da queste prime testimonianze, se certo possiamo notare un netto mutamento di termini, non è dato scorgere un'altrettanto radicale trasformazione delle esigenze poste a guida della classificazione.

L'*Epitome*, difatti, presenta un significativo intersecarsi della nuova diarchia classificatoria con altri criteri, ampiamente adoperati negli apparati precedenti:

⁽⁴⁹⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, p. 44.

⁽⁵⁰⁾ Sull'origine francese di quest'opera vi è ampia concordia in dottrina. Cfr. M. CONRAT, *Die Epitome exactis regibus*, Berlin, 1884 (r.a. Aalen, 1965). Conformi H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the roman law*, Cambridge 1938, r.a. Aalen 1969, p. 29 e F. CALASSO, *Medioevo del diritto, I - Le fonti*, Milano, 1954, p. 302. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I - Il cinquecento*, Torino, 1997, p. 48-49, ricorda come la teoria dei *vestimenta pactorum* si trovi anche nell'*ordo iudiciorum* « *Ulpianus de edendo* », redatto in ambiente normanno verso la metà del XII secolo e fortemente permeato dell'opera di VACARIO, il cui *Liber pauperum* (II, 5, *de pactis*, glossa a l. *Iurisgentium*, ed. DE ZULUETA, London, 1927, p. 37) contiene anch'esso un riferimento a questa dottrina.

⁽⁵¹⁾ Si veda al proposito l'entusiasmo di H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 275: « Damit endet die unmittelbare Bindung an die vom Corpus Iuris vorgegebene Systematik des Typenzwangs ». Più esatte le notazioni del BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 51, secondo cui al suo inizio tale impostazione « non facesse che scomporre e poi ricomporre secondo la nuova categoria dei *vestimenta* le distinzioni che provenivano dalla sistematica gaiano-giustiniana dei contratti nominati (suddivisi nelle quattro classi) e dei contratti innominati. ».

« pactum nudum dicitur quod ab omnibus sollempnitatibus iuris est destitutum, id est, sollempnitate verborum que solet attendi in stipulationibus et conceptione litterarum, quando scilicet cyrographum non intervenit nec aliud instrumentum quo nudum pactum confirmaretur. et nudum similiter dicitur a causa que potest sufficere ad perfectam obligationem, ut cum do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des. item nudum dicitur a forma negotii, ut quando negotium non incidit in certum nomen contractus, ut in nomen emptionis locationis depositi commodati. item nudum dicitur a rei interventu, ut cum non intercedit res que possit suo interventu perfectam reddere causam obligandi, ut in mutui datione. item nudum a continentia, quoniam, si in continenti pactum adiciatur, ex precedenti obligatione vires trahit, ut videatur inesse contractui. » (52).

Le assenze che definiscono la *nuditas* del patto sono riconducibili a due specie. La prima, la *sollemnitas*, è facilmente identificabile nelle ritualità verbali della *stipulatio* o le formalità del chirografo, ma arriva a trascolorarsi nella *causa*, nella prestazione anticipata che rende obbligatori e vincolanti i contratti innominati. La seconda si individua nella *forma negotii*, il contenuto strutturale proprio di quelle fattispecie riunite dalle opere precedenti nella tautologia del *nomen*. In questo criterio rimangono difatti definiti quattro modelli contrattuali romani: la compravendita, la locazione, il deposito, il comodato. Non il mutuo, che viene isolato nella presenza di un elemento, l'*interventus rei* che, misteriosamente, non caratterizza le altre fattispecie reali. Chiude la catalogazione l'ipotesi del *pactum in continenti*, accessorio ad un contratto precedente e novativo dei suoi termini.

Abbozzi disomogenei, e che pure manifestano la volontà di sistemare diversamente, rispetto alle opere precedenti, il novero delle fattispecie azionabili (53). Il tentativo che si scorge, filtrato dalle incoerenze dell'apparato, è quello della ricerca di un criterio omo-

(52) EPITOME EXACTIS REGIBUS, VII, *de iis que circa ius consistunt*, § 3. Nell'edizione del CONRAT, *Die Epitome exactis regibus*, cit.

(53) Diversa la lettura di H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 276: « An die Stelle der Nominatur und des *contractus* als wichtigster Kriterien des typenzwangs sind drei neue Merkmale getreten, die *sollemnitas* bei der entstehung einer Obligation mittels Wort- oder Schriftform, der (hier erstmals verwendete) *rei interventus* und *forma* treten als weitere Grundlagen der Klagbarkeit die *causa* als Vorleistung einer Partei bei den innominatrealenkontrakten und die *continentia* zu einem *contractus* bei den *pacta adiecta*. ».

geneo che possa comprendere in una logica unitaria modelli contrattuali che dovevano essere prima distinti.

Il carattere dominante sia in Rogerio che nella *Summa Trecensis*, difatti, consisteva nella necessaria separazione fra i modelli in cui l'azione si produce contestualmente alla conclusione del patto e quelli in cui lo stesso effetto deriva successivamente. Il criterio del *nomen* sorge in virtù di questa *ratio* e in questa si esaurisce, come prova l'assoluta mancanza di qualsiasi approfondimento analitico nella classe dei *pacta sub speciali nomine*. Una volta inverte la distinzione, è sufficiente il blando richiamo alle quattro *causae obligationum* del diritto antico per esaurire ogni problema definitorio.

La nuova ottica, propria dell'*Epitome* come di Piacentino, è naturalmente portata a valorizzare la necessità di una scansione in chiave sistematica di tutto ciò che qualifica le diverse tipologie di contratti nominati. Un'operazione che non amplifica di per sé il novero dei patti obbligatori, né esclude i vecchi strumenti, il cui peso definitorio rimane rilevante.

La disorganica elencazione dell'*Epitome* ci indica chiaramente questo fenomeno, nel momento in cui deve comunque ricorrere all'assorbimento del *nomen contractus* come unico crisma per rappresentare la realtà di quelle fattispecie che non si lasciano caratterizzare in un elemento forte, come la *sollemnitatis verborum* o la dazione di una cosa. La nuova impostazione interpretativa non è la panacea abile a risolvere ogni problema sistematico, piuttosto un più incisivo specchio, creato per porre in luce complessità ulteriori. La costruzione di Piacentino, nel suo andamento problematico e sostanzialmente irrisolto, ce lo dimostra ad ogni passo.

In essa, come già accennato, alla nuova diarchia tra *pacta nuda* e *induta* viene assegnato il compito di distinguere fra le fattispecie abili a produrre azione e quelle valide solo ad un effetto negativo. I momenti qualificativi delle prima vengono compresi da Piacentino in un elenco molto meno esteso di quello che si trova nell'*Epitome*:

« Pacta induta modis quinque vestiuntur. Rebus ut mutuuum. verbis, ut stipulatio. Literis, ut chirographum. Consensu formato in nomen speciale transeunte, ut venditio locatio » (54).

(54) PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit. Cfr. ULPIANUS DE EDENDO, ed. HÄNEL,

L'Epitome enumerava, riportandole indirettamente nei termini dei *vestimenta*, tutte quelle situazioni in cui il testo romano conferisce azione ad un patto, tanto principale quanto accessorio. La trattazione di Piacentino — al contrario di quanto avviene per i *pacta nuda* — riduce le ipotesi di *pactum indutum* in una classificazione dotata di maggiore ortogonia sistematica.

Ciò ci viene dimostrato soprattutto dal criterio del *nomen*. Nell'Epitome questo carattere si risolve nel concetto generico di *forma contractus*, identificando quindi una molteplicità di ipotesi strutturali; Piacentino lo adopera, al contrario, nella sua minima prospezione possibile, facendone l'elemento tipologico atto a ritagliare esattamente lo spazio dei contratti consensuali del diritto romano.

Un argomento ulteriore in questa direzione ci viene fornito dal quinto *vestmentum*:

« Sed et lege dicta in re sua tradenda vestiuntur pacta »⁽⁵⁵⁾.

La struttura dell'apparato è tale da indurre una netta distinzione tra i primi quattro *vestimenta*, ricavati immediatamente dalle quattro *causae obligationum* dell'antico diritto e quest'ultimo, la cui rilevanza opera in modo diverso:

« ...non tamen omni lege: Ecce enim si creditor paciscatur ut pro decem mutuis sibi reddantur undecim, vel dentur usurae, nihil agit »⁽⁵⁶⁾.

Lipsiae, sumptibus I.C. Hinrichsii, 1838, p. 38 s.: « vestiuntur pacta sex modis, causa, verbis, scriptura, forma, continentia, confirmatione: causa, quando ob causam aliquid promittitur; verbis, ut stipulatione; scriptura, ut si scripserim me debere; forma quando formatus est contractus, ut emptio et venditio; confirmatione, quando lex confirmat pactum, ut pactum donationis et de constituta pecunia; continentia, quando continue pactum praecedat vel sequatur contractum. ». Considerazioni su quest'ultimo passo in BIROCCHI, *Causa e categoria generale di contratto*, cit., p. 63 n. 100.

⁽⁵⁵⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁶⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit. L'esempio riportato nel testo è solo il primo, e sicuramente il più noto alla storiografia giuridica, di tanti: « Sed et si data dote matrimonio copulato pater etiam incontinenti paciscatur simpliciter eam sibi reddi nihil agit, ut infra de iure dotium l. avia et de pactis conventis l. quamvis. Sed et si tibi ea, quae pro colonis conducti praedii prorogasti, dominus sine stipulatione promiserit conveniri

In linea di principio taluni fatti qualificati, come la dazione della cosa, la pronunzia dei *verba* o la confezione della formula letterale sono sempre e comunque in grado di assicurare l'azionabilità del patto. Non così la *lex*, che interviene singolarmente, in casi determinati e fuori da una *ratio* generale.

4.2. *Incompiutezza della prima concezione dei vestimenta a rappresentare la totalità dei patti azionabili.*

Questa prima emersione del sistema dei *vestimenta* non riesce, tuttavia, a comprendere immediatamente tutti i modelli contrattuali possibili. Restano difatti fuori dalla diarchia fra *pacta nuda* e *induta* due campi di ipotesi: quelle in cui l'azionabilità si ottiene successivamente alla conclusione dell'accordo e tutte le fattispecie, tanto contestuali quanto postergate, di patto accessorio. La sistematizzazione delle prime è nuovamente affidata al *nomen*:

« Item pactorum utilium quaedam nomen habent, quaedam nomine carent. Nomen habent contractus nominati, ut mutuum, venditio, locatio, commodatum, pignus, depositum, mandatam, pro socio, stipulatio. Nominem carent pacta, quae sunt innominati contractus, ut do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias » (57).

Su questa si innesta la parallela razionalizzazione delle fattispecie accessorie:

« Sed et innominata pacta sunt ea quae in contractibus fiunt » (58).

Un momento di grande importanza, nel quale due realtà prima distinte si unificano nella medesima logica strutturale. Così come la prestazione assicura a posteriori gli effetti obbligatori ad un patto, allo stesso modo la connessione con una precedente fattispecie

non potuit, ut Codex locati l. si tibi. Sed et si fundo vendito simplici pacto exceperis ut in eum liceat inferre mortuum nihil agis ut ff. de religiosis l. quod si. ».

(57) PIACENTINO, *Summa Codicis*, p. 44. Cfr. H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 277, che ritiene al contrario che Piacentino si serva del criterio del *nomen* per distinguere esclusivamente l'ambito delle fattispecie consensuali.

(58) PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

azionabile provvede della stessa valenza l'accordo che, successivamente intervenga su quella per apportarvi modifiche. Nell'apparato di Rogerio i due criteri dati dal *nomen* e dall'accessorietà rappresentavano i modelli contrattuali dotati di qualificazione successiva, mantenuti tuttavia nella propria singolarità di classificazione. Piacentino fa propria la distinzione tra patti principali e accessori, riproducendo i criteri di Rogerio, ma senza trarne direttamente delle conseguenze sul piano degli effetti⁽⁵⁹⁾. Si cerca di inquadrare le diverse *vires* promananti dalla fattispecie accessoria nel quadro dei *pacta induta*, e non senza difficoltà.

Nei termini in cui viene adoperata a tale scopo da Piacentino, difatti, l'architettura dei *vestimenta* viene rapidamente svuotata del criterio che la anima. Nessun *vestmentum* apposito viene isolato a partire dalla realtà strutturale della fattispecie accessoria, a differenza di quanto si riscontra nell'*Epitome exactis regibus*⁽⁶⁰⁾. È così che la distinzione tra *pacta nuda* e *induta*, isolata a partire dai modelli che recepiscono l'azionabilità nel momento stesso della conclusione, viene indicata da principio come differenza strutturale, ma viene poi resa, sul piano dei patti accessori, in una visione formale, completamente avulsa da ogni raffigurazione della morfologia delle fattispecie. Basti, per rendersene conto, osservare il *dictum* piacentiniano sui patti nudi:

« Nuda quaedam fiunt per se, quaedam in contractu non incontinenti, sed postea. per se facta pariunt retentionem non exceptionem, sed actionem: nisi in dote et constitutione. In contractu etiam postea facta nuda pacta pariunt exceptionem, si fiunt ad eam: Sane si fiunt ad actionem, postea (nisi sint de substantia negotii) actionem quidem non pariunt, sed exceptionem: etiam si ad id non fiant »⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Un fenomeno perfettamente riscontrabile nella trattazione della *Summa Codicis*. Fra le distinzioni che vengono esposte previamente a carico dei *pacta utilia*, vi è quella che distingue tra patti *principalia* e *accessoria*, cui subito segue quella fra *pacta nuda* e *induta*. Le differenze di disciplina conseguenti alla prima *distinctio* vengono esposte farraginosamente solo dopo esaurita ogni conseguenza sistematica derivante dalla seconda. Cfr. PIACENTINO, *Summa Codicis*, p. 44.

⁽⁶⁰⁾ Tampoco ne viene isolato uno per descrivere la realtà dei contratti innominati del diritto romano. L'elenco piacentiniano nasce e si esaurisce nel solo ambito delle fattispecie *nominatae*. In questo senso, H. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 277; I. BROCCHI, *Causa e categoria generale di contratto*, cit., p. 51-52.

⁽⁶¹⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

Tutti i patti conclusi *ex intervallo* rispetto ad una fattispecie principale cui aderiscono producono un'eccezione, tanto se sia questo il fine cui naturalmente tendono, tanto nel caso in cui essi siano diretti a generare un'azione ⁽⁶²⁾. Se prendiamo in esame la disciplina della fattispecie che complessivamente risulta dopo l'adesione del patto successivo, non troviamo differenze rispetto alla costruzione di Rogerio.

La vera differenza sta nella sistematizzazione delle ipotesi, che vengono ricostruite a partire dagli effetti e forzate entro classi che sono state ricavate su altri terreni e su altri criteri, tutti improntati, al contrario, ad una concezione che fa premio sui dati strutturali. Una contraddizione irrisolta, che indica la forte tensione verso una raffigurazione delle ipotesi accessorie in termini autonomi, che possano prescindere dalla qualità della relazione che li lega alla fattispecie principale.

Un primo esempio in questo senso è dato dal tentativo di distinguere gli effetti passivi del patto accessorio rispetto ai medesimi effetti tributati al patto autonomo. Piacentino fa corrispondere all'*exceptio*, effetto impeditivo dell'azione avversaria, un diverso concetto — la *retentio* — inteso come potere unilaterale di mantenimento della prestazione spontaneamente avvenuta. Entrambi partecipano della stessa realtà: sono momenti di elisione della pretesa avversaria, effetti tipicamente riconducibili al patto nudo. Attribuendo l'effetto della *retentio* al patto autonomo («*per se facta pariunt retentionem non exceptionem*») e lasciando l'*exceptio* al solo patto accessorio, Piacentino si sforza di rappresentare la differenza tra due fattispecie. Nel caso in cui il patto sia modificativo di un assetto d'interessi già intercorrente tra le stesse parti, l'accordo incide su una fattispecie che ha già prodotto la propria azione, e la estingue; nell'altra ipotesi l'autonomia genetica e funzionale del patto funge da momento impeditivo del sorgere della pretesa che la parte, altrimenti, esprimerebbe con pieno successo.

Una dimostrazione migliore, tuttavia, si ricava osservando il lato complementare della partizione dei patti accessori. L'apparato non

⁽⁶²⁾ Salvo il caso in cui questi ultimi vadano a intaccare la *substantia negotii*, ipotesi in cui, concordemente ai principi espressi da ROGERIO, il patto è comunque tutelato dall'azione originaria, *informata*.

dedica speciale attenzione ai *pacta incontinenti*, dando per acquisito che il loro effetto principale consiste nella produzione di un'azione. Rogerio, come si ricorderà, non distingueva i patti che incidono sulla *substantia* secondo il momento temporale di interconnessione con la disciplina principale. In quella sistematica, questo era un problema inconfigurabile, visto che l'unico dato qualificante tale classe di patti era proprio la non tutelabilità in via autonoma della fattispecie accessoria, mediante quell'*actio prescriptis verbis* che, al contrario, soccorreva i *pacta de natura e extra naturam*. La modifica della *substantia* trova un limite nella totale novazione del contratto, entrambi effetti che derivano, secondo Rogerio, dal *pactum incontinenti factum*. Due ipotesi che Piacentino vuole tenere perfettamente separate, riportando l'ipotesi della novazione radicale al *pactum ex intervallo*, il che lo espone, tuttavia, ad un rilevante problema definitorio:

« Quae fiunt postea pariunt exceptionem non actionem, nisi sint de substantia negotii, vel nisi de eis faciendis stipulatio praecessit: tunc enim pacta postea facta etiam retro id est incontinenti in contractu facta aestimantur, quia stipulationi inesse creduntur. »⁽⁶³⁾.

Nel caso in cui il contratto principale che subisce la novazione sia una *stipulatio*, il patto accessorio, pur intervenendo posteriormente alla conclusione della disciplina principale, viene ritenuto retroagire, inteso come parte inscindibile della fattispecie sin dal suo inizio. Ulteriore differenza, questa, rispetto all'apparato di Rogerio, che sottraeva i contratti *stricti iuris* ad ogni analisi secondo la categoria dei *substantialia* e li ammetteva, quindi, non già alla modifica parziale, ma soltanto alla totale novazione.

L'apparato di Piacentino testimonia, in questo senso, la difficoltà di contenere nella medesima classificazione tanto i moduli contrattuali descritti dal *Corpus Iuris* nell'immediatezza del regolamento tipico di interessi (quale, ad esempio, la compravendita) quanto le figure qualificate dalla preminenza di un elemento formale, come la *stipulatio*. Nel momento in cui, grazie allo strumento analitico dei *vestimenta*, si inizia a guardare ai minimi dati strutturali

(63) PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, p. 44.

di formazione delle fattispecie, il primo problema che avanza alla riflessione di questi *doctores* è quello relativo a quale peso dare ai momenti di qualificazione formale rispetto a quelli — diremmo oggi — causali. Un punto sul quale gli apparati mostreranno consapevolezza in gradi e forme diverse.

Piacentino traduce questa problematica nei termini dati dalla pluralità delle *vires pactorum*, prendendo spunto dalla figura dell'*acceptilatio*. Da una parte, egli rileva la difficoltà di percepire la natura di tale negozio estintivo secondo i criteri che animano la diarchia tra *pacta nuda* e *induta*:

« Item acceptilatio, quae pactum nudum est (licet solenne) si utilis fuerit, ipso iure actionem tollit » (64).

Consegnato dal testo romano come un accordo che, pur affine alla *stipulatio*, gode di autonomia strutturale, l'*acceptilatio* non può essere definita un patto vestito, poiché rimane fuori dall'elenco esaustivo dei contratti nominati. Piacentino ricorre quindi all'ibrida e indimostrata forma del patto nudo *solenne*, espresso cioè in una modalità che vale a distinguerlo dalle fattispecie non qualificate, ma che non riesce a assicurargli la pienezza di tutela propria dei *pacta induta*.

Descritta la morfologia in questi termini, Piacentino è, di conseguenza, obbligato a intendere diversamente l'effetto rispetto a quello più generalmente proprio del nudo patto:

« Porro etiam aliquando perimunt (sicut iam dictum est) sed tunc pacta naturam pactorum excedunt, et stipulationis et acceptilationis vires assumunt » (65).

L'*acceptilatio*, oltre che a impedire l'esercizio dell'azione, estingue il titolo stesso dell'obbligazione sottostante. Così facendo, tuttavia, essa infrange l'eshaustività del novero delle *vires pactorum*, la sua organizzazione interna, rendendola non confrontabile con il sistema dei *pacta*.

(64) PIACENTINO, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

(65) PIACENTINO, *Summa Codicis*, de pactis, p. 45.

5. *La compiutezza del sistema.*

5.1. *L'assetto definitivo dei vestimenta.*

L'emersione dei *vestimenta* è dunque ben lungi dal tradursi automaticamente in una sistematica coerente dei *pacta* nella lettura di Piacentino. Vi osta l'attrito tra strumenti vecchi e nuovi di classificazione, che limita la portata della nuova architettura, impedendone l'invalersi come cifra unitaria di interpretazione delle figure contrattuali consegnate dal testo romano. I *vestimenta* riescono così a comprendere solo una delle più realtà in cui si frange il terreno dei *pacta*, mentre le altre vengono lasciate all'impero di *distinctiones* tradizionali e sempre più vacillanti.

Su tutto si stende il velo delle *vires pactorum*, fatto per rappresentare la medesima realtà dal punto di vista degli effetti, che in Piacentino si frantuma in aree sempre meno estese, quindi prive di forza astrattiva.

Una coabitazione forzosa, frutto ineliminabile del contesto ideologico in cui si muove il giurista medievale. Il vincolo di autorità che lo lega tanto al testo romano, quanto alle dottrine di chi lo ha preceduto, impedisce di disfarsi puramente e semplicemente dei vecchi arnesi, una volta che se ne siano foggiate di nuovi. L'autonomia sistematica, l'atto di volizione interpretativa, rappresentano per il glossatore una faticosa conquista, da realizzarsi valorizzando in varia misura gli aspetti di un quadro che si deve comunque accettare nella sua totalità.

Un fenomeno che ci viene testimoniato al massimo grado dall'opera di Azzone. Tanto la *Summa* come la *Lectura Codicis* vedono il pieno invalersi di una costruzione che porta a compimento una sistematica esaustiva basata sui *vestimenta*, pur accettando totalmente l'insieme di concetti in cui si muovevano le opere precedenti.

Un'opera di razionalizzazione che procede portando l'accento su tonalità già presenti agli apparati precedenti, non negando le altre, ma lasciandole, per così dire, sullo sfondo, private di una vera efficacia sistematica. È così, innanzitutto, per il novero delle *vires pactorum*:

« Superest ut de pactis utilibus quae sunt vires pactorum videamus et utique sunt haec, ut pariant perimant elidant informant » (66).

Il patto può così produrre un'azione, impedirla, darvi una nuova forma o estinguerla: Azone razionalizza il catalogo delle *vires* in una prospezione ortogonica tutta centrata sull'*actio* e sulla primazia sistematica delle fattispecie che la originano (67). Un'operazione che egli non può condurre richiamandosi alla propria autonomia di interprete, bensì alla logica interna del sistema, per come ci dimostra la *ratio* sottesa al rifiuto dell'effetto adiutorio isolato da Piacentino. In quell'apparato, l'*adiuvant* veniva foggato per rappresentare il ruolo di elisione del patto sotto un profilo soggettivo, rendendone la duplicità di direzione mediante la distinzione tra patti che procedono *ex parte rei* e patti *ex parte actoris*. Una diversificazione che viene riassorbita da Azone in una sistematica di tipo oggettivo:

« nec est necesse ut quantum addamus, scilicet quod adiuvent. nam continetur super illo verbo elidant, nam quae elidunt actionem vel exceptionem adiuvere videntur et quae adiuvant actionem elidunt exceptionem » (68).

Utilizzando lo stesso materiale delle fonti a lui precedenti, Azone provvede di significati diversi l'insieme delle *vires*. Gli apparati precedenti rilevavano dal testo romano i diversi campi di effetti, ponendoli in una relazione di complementarità, come abbiamo visto, perfettamente funzionale ad un disegno di ricognizione. L'opera di Azone, al contrario, getta le basi di una sistematica dotata di un più alto livello d'astrazione, ponendo i due effetti dell'azione e dell'eccezione in una relazione di alternatività (69). Questi due piani, sino

(66) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2.

(67) AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, (L. 6, n. 34 e 35) *ad l. Pacta novissima, gl. Nullam vim*: « In agendo vel excipiendo, et ideo posuit signum universale, quia pactorum plures sunt vires: pariunt enim actionem, perimunt, informant et elidunt, et hoc in pactis licitis, et quae bona fide sunt inita ».

(68) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. ult. cit.

(69) In che cosa tale relazione è diversa da quella che possiamo, *prima facie*, riconoscere nella *SUMMA TRECENSIS*? Lì il patto qualificato produceva tanto l'azione quanto l'eccezione, il patto nudo solo questo secondo effetto. Non si poneva quindi una

ad ora distinti, vengono riportati in una logica unitaria e posti in un rapporto di definizione reciproca. Maggiore il grado di azionabilità di un accordo, la sua capacità a produrre effetti positivi, minore risulterà l'apprezzabilità dei suoi effetti negativi a carico della pretesa contraria, e viceversa.

Si apre così la possibilità di misurare tutti gli effetti possibili dell'accordo sulla base della *vis* preminente, l'azionabilità. Un'operazione che Azone conduce integralmente sui dati strutturali che gli vengono forniti dalla diarchia fra patto nudo e vestito. La mutua definibilità fra azione e eccezione conduce alla speculare reciprocità tra questi due concetti, per come si può notare dalla definizione di patto nudo resa da Azone:

« Et primo de pactis quae pariunt videamus. Et si quidem pactum fuerit nudum, propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest »⁽⁷⁰⁾.

Ancora una volta nulla ci viene detto sulla morfologia del nudo patto; ogni riflessione sulla sua natura si esaurisce nel suo non produrre azione. Di stretta conseguenza procede la rigida alternatività:

« Si ergo nudum dicitur quod actionem non parit, ergo bona ratione dicitur vestitum quod parit »⁽⁷¹⁾.

Una costruzione che ben parrebbe sterile tautologia, ove non fosse riempita di senso dalla stretta logica della reciprocità definitoria tra *actio* e *exceptio*. Spostando gli accenti sul profilo dell'azionabilità del *pactum*, si riesce a disegnare tutto il sistema secondo un nuovo profilo, senza tuttavia rifiutare gli argomenti delle precedenti ricostruzioni. Procedendo in tal modo, Azone non ha più bisogno di ritagliare uno spazio autonomo nella classificazione per la figura del patto abile soltanto *ad excipiendum*. Un'area concettuale, questa, che si può rap-

perfetta corrispondenza biunivoca, essendo il primo insieme più esteso del secondo. AZONE pone una netta alternatività tra queste due nozioni, ricostruendo il patto vestito esclusivamente sul dato della sua capacità a produrre azione, e il patto nudo solo sulla sua rilevanza all'eccezione.

⁽⁷⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2, cit.

⁽⁷¹⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, (L. 10, n. 43), *ad l. Legem, gl. ex pacto*.

presentare agevolmente in termini negativi, ponendovi tutte quelle ipotesi di patto che non riescono a sfociare nell'azionabilità.

Si realizza così la prima condizione necessaria, ma in sé non sufficiente, per ridefinire complessivamente il sistema sull'unico criterio offerto dai *vestimenta*. Affinché siffatta razionalizzazione si verifichi, occorre dotare la categoria dei patti vestiti di un maggior grado di coesione interna, tale da renderla capace di comprendere tutte le ipotesi di accordo provviste di azione secondo il testo romano. Un requisito che non si realizza — giova appena ricordarlo — nella sistematica di Piacentino, ove i *vestimenta* ricomprendono solo il novero dei contatti *nominati*, per ritrarsi di fronte alle realtà, per molti versi affini, delle fattispecie *innominatae* e dei patti accessori.

Azone raggiunge questo risultato utilizzando diversamente i materiali già presenti alle dottrine precedenti, ancora una volta senza sopprimere alcuna delle distinzioni tradizionali, ma dando a ciascuna di loro uno spazio e una rilevanza diversamente foggiate. L'elenco azoniano si compone, così, di sei *vestimenta* principali:

« Vestitur autem pactum sex modis re verbis consensu literis contractus coherentia rei interventu » (72).

I primi quattro non innovano in nulla l'insieme piacentiniano; essi ripropongono le quattro *causae obligationum* del diritto romano, e si lasciano percepire nella trattazione di Azone come un qualcosa di definito in sé, immediatamente evidenti nella sufficienza dei loro dati strutturali. Nessuna attenzione analitica particolare viene loro tributata dall'apparato, che rimanda genericamente alle Istituzioni di Giustiniano per l'individuazione delle figure contrattuali corrispondenti (73). Una via seguita anche dalla *Glossa Magna*, opera che vede la piena consolidazione del sistema azoniano:

(72) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. ult. cit. La dottrina di Azone viene intesa come importante punto di svolta della problematica dei *vestimenta* da molta parte della dottrina. Cfr. H. DILCHER, *Der Typenzwang*., cit., p. 278.

(73) Sono due i rimandi al testo effettuati da AZONE in questo passo. Uno (il secondo) è alla *l. Iurisgentium § quinimo* del titolo *de pactis* del Digesto, il punto nodale dal quale la GLOSSA e gli autori successivi prenderanno d'ora in poi spunto per la riflessione sui *vestimenta*; l'altro (il primo), è un generico quanto indicativo riferimento all'intero titolo *de obligationibus* delle Istituzioni.

« Et nota quod pactum sex modis vestitur. Re ut in mutuo et similibus: ut instit. quib. mod. re con. obli. in princip. et per totum. Item verbis: ut instit. de verb. obl. in princ. Item literis: ut post biennium in chirographo: ut insti. de li. obl. Item consensu: ut insti. de ob. ex consensu » (74).

Pur calate nella nuova architettura, le esigenze di comprensione del glossatore più provveduto di mezzi si lasciano percepire in stretta continuità con quelle espresse dalle dottrine precedenti. Queste risolvevano sul criterio del *nomen* il carattere di piena e perfetta tutelabilità delle fattispecie tipiche consegnate loro dal testo romano, facendone il fondamento della sistematizzazione.

Azone ne accetta la portata sapienziale, tentando di ritradurne gli esiti nell'architettura dei *vestmenta*. Un aspetto che ci viene ben dimostrato dai termini in cui la *Summa Codicis* introduce l'alternatività tra azione e eccezione, che abbiamo già prima illustrato con le parole della *Lectura*:

« Si autem non fuerit nudum sed vestitum actionem parit sic, nam ei nomen recte impono quia si aliquid est nudum ex eo quod actio non datur...ergo aliquid est vestitum quia actionem indulget » (75).

Il *pactum* produce azione in quanto, mediante il *vestmentum*, gli si può imporre *recte* un nome. Si apre così un radicale mutamento di prospettiva rispetto agli apparati precedenti. Questi vedevano nella riconoscibilità del *nomen* il momento di individuazione della disciplina della fattispecie, che veniva ripresa dal novero delle *causae obligationum* romane; in questo fenomeno si ravvisava la radice della piena tutelabilità della figura contrattuale.

Nella costruzione azoniana, così come nella *Glossa Magna*, questa relazione si pone in termini opposti: laddove si ravvisa il *vestmentum* esiste una situazione pienamente tutelata, cui il momento di qualificazione conferisce disciplina e, quindi, un *nomen contractus*. Esamineremo partitamente gli spunti dottrinali circa l'attribuzione del *nomen*; ora ci interessa soltanto consegnare la strutturazione complessiva del sistema.

(74) GLOSSA « *Quinimo* » in *l. Iurisgentium § quinimo, ff. de pactis*.

(75) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. ult. cit.

Questa può essere restituita, quanto al nuovo profilo assunto dal *nomen*, da questo inciso della *Summa* di Azone:

« Fieri possunt et alie divisiones pactorum que quidem utiles sunt, licet non sunt omnino ita necessarie, ut iam dicta divisio. Pactorum igitur alia sunt nominata alia innominata...Et differunt hec inter se vel circa conditionem ob causam vel circa obligationem civilem que non nascitur statim, ut ex premissis liquet. » (76).

Nulla viene smentito delle partizioni tradizionali, ma nulla viene effettivamente utilizzato nell'edificazione del sistema. In cima alla lunga lista di questi autorevoli scarti vi è — significativamente — la distinzione tra le fattispecie nominate e innominate. Il mutamento è evidente: le due classi di contratti che Piacentino distingueva fenomenicamente, esponendosi al rischio di sovrapporre più aree di concetti, vengono qui definite in termini di differenza strutturale, sancendone le diversità quanto alla tutela e al momento in cui le diverse fattispecie portano alla costituzione del vincolo obbligatorio.

5.2. *La novità sistematica della cohaerentia contractus e del rei interventus.*

La via azoniana verso un sistema ortogonico compie un primo passo in avanti, identificando l'azionabilità con la presenza di un *vestmentum* e riportando la distinzione fra contratti nominati e innominati in questo schema, facendone quindi un grado più basso del sistema, non più la partizione principale tra le ipotesi negoziali. È su queste premesse che il catalogo dei *vestimenta* può estendersi sino a comprendere figure eteronome rispetto alla classica tetrarchia del diritto romano: l'*interventus rei* e la *cohaerentia contractus* (77).

Il primo di questi due *vestimenta* razionalizza il momento di qualificazione dei contratti innominati:

« Rei interventu vestitur ut in contractibus innominatis qui ab initio nullam dant actionem sed re postea interveniente et tradita competit actio

(76) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 25 col. 2.

(77) Cfr. I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 52.

ei qui rei interventu vestivit contractum non alii scilicet prescriptis verbis ad interesse et conditio ob causam ad repetendum quod datum est... » (78).

La prestazione anticipata fatta da una parte verso l'altra provvede di tutela il patto, relativamente alla parte che vi ha dato corso. Si riporta così all'interno dell'architettura unitaria dei *vestimenta* il problema degli accordi che ricevono la sanzione dei loro effetti per un fatto posteriore alla loro conclusione:

« Et est notandum quod pactum quattuor primis modis dicitur vestitum sic, ut nullo tempore fuerit sine illis vestimentis et hec vestimenta cum suo esse incipit habere. Ultimis vero duobus modis vestitur post nativitatem » (79).

Attraverso questa suddivisione, si stempera all'interno della nuova architettura il problema della non-contemporaneità di genesi dell'obbligazione, che abbiamo visto animare le *magnae divisiones* di Rogerio e di Piacentino. Un risultato che consente di ridurre fortemente la rilevanza di problemi sistematici assai pressanti per questi giuristi. Piacentino, ad esempio, aveva bisogno di due distinte coppie di significati (principale e accessorio; *incontinenti* e *ex intervallo*) per rappresentare l'azionabilità del patto che si innesta su un precedente contratto in sé completo. La *cohaerentia contractus*, momento di qualificazione isolato da Azone sulla cifra interpretativa della non-contemporaneità tra conclusione dell'accordo e genesi dell'obbligazione, consente di razionalizzarle al proprio interno:

« Cum nam paciscimur pactum quidem sui nativitate nudum est sicut optime probatur ex continuatione duorum paragraphorum...sed cum natum est ante et retro aspicit et oculos aperit an praecesserit vel sequi possit vel statim insit aliquis contractus cuius variis et grisiis pannis seu vestibus induatur ut boream rabiemque procelle expellat et suum suo domino in augendo auxilium praebeat. » (80).

I voli metaforici di Azone definiscono innanzitutto la realtà del

(78) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 25 col. 1, cit.

(79) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2, cit.

(80) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. ult. cit.

patto accessorio, nella possibilità di intenderne il contenuto normativo come presupposto, conseguenza o integrazione di quello residente nel contratto principale. Il patto accessorio può così sperimentare diversi effetti a seconda che esso venga compiuto *incontinenti*, ossia prima che le parti si rivolgano *ad alia negotia*, oppure *ex intervallo* ⁽⁸¹⁾. Verificatosi il primo presupposto, la relazione con un contratto precedente, in sé valido e azionabile, provvede l'accordo successivo di un autonomo momento di qualificazione, dal quale deriva una tutela indipendente da quella del negozio originario. Nel caso contrario, il *pactum* si dice concluso *ex intervallo* e rimane pertanto privo di una qualificazione; concordemente alle regole generali, esso produce soltanto un'eccezione che la parte che dal patto aggiunto assume un vantaggio può sollevare per impedire l'esercizio dell'azione avversaria ⁽⁸²⁾.

(81) La definizione del limite tra *pactum incontinenti* e *ex intervallo* non è scevra di difficoltà per i glossatori. AZONE tenta due definizioni, parzialmente coincidenti. La prima si basa sul momento di formazione del patto accessorio rispetto al momento di conclusione del contratto principale: «...pactum enim incontinenti factum, id est paululum post contractum vel in ipso contractu.» (AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2). A questa tesi se ne giustappone un'altra, che fa maggiormente premio sulla condotta delle parti. Per essa, il *pactum* è concluso *incontinenti* ove venga a formarsi «antequam contrahentes divertunt ad alia negotia» (AZONE, *Lectura Codicis in l. In bonae fidei C. de pactis*, glossa «*si ex continenti*»). Lo stesso Azone avverte comunque come taluni passi del *Corpus Iuris*, su temi lontani dalla materia dei *pacta*, stabiliscano che per «*incontinenti*» debba intendersi talvolta l'atto compiuto entro tre giorni di distanza dal precedente, mentre altre volte è sufficiente un lasso di tempo maggiore, di cui non si offre un'esatta determinazione. La dottrina fondata sul momento in cui le parti si rivolgono ad altri affari si ritrova nella GLOSSA «*Ex continenti*» in *l. Iurisgentium § quinimo*. Le difficoltà di una definizione oggettiva del *pactum adiectum incontinenti* ci sono pienamente partecipate da ODOFREDO: «sed quando dicitur pactum appositum incontinenti. dicunt quidam si fiat intra modicum tempus id est intra triduum... Alii dicunt quod dicitur fieri incontinenti si fiat eodem die...alii dicunt si fiat eodem die vel sequenti...Alii dicunt quod dicitur fieri incontinenti quod sit intra annum...Or signori non accipimus hic ita: sed dicimus quod pactum hic dicitur fieri incontinenti si fiat in actu se tenenti post contractum vel antequam contrahentes divertant ad alia negotia, alias dicitur fieri ex intervallo.» ODOFREDO, in *l. Iurisgentium § quinimo ff. de pactis*, n. 10 (fol. 74 v. col. 1). Cfr. dello stesso ODOFREDO il commento alla *l. In bonae fidei, C. de pactis*, n. 3 e 4 (fol. 64 v. col. 1).

(82) «Et primo quaero. quae est ratio quare nudum pactum incontinenti appositum parit actionem sed ex intervallo parit exceptionem? Respondeo. si incontinenti apponitur pactum vestitur cohaerentia contractus et pacta vestita pariunt actiones...sed

Posteriorità temporale e relazione strutturale si fondono nella *contractus cohaerentia* per rappresentare la realtà dei *pacta adiecta*, che viene ora descritta in termini strettamente consequenziali al sistema. Gli apparati precedenti ponevano sullo stesso piano i due effetti attivi originati dal patto aggiunto, l'attribuzione di un nuovo contenuto all'azione originariamente risultante dal contratto principale (l'« *informatio actionis* ») e l'azione autonomamente prodotta dalla nuova fattispecie. Il tentativo di Azone consiste nel riportare entrambi nel principio cardine dell'architettura: l'equivalenza tra esistenza del *vestmentum* e la produzione dell'azione.

Su questa cifra interpretativa, la mutazione dell'azione propria del contratto originario viene intesa come conseguenza della produzione di un'azione autonoma derivante dal patto accessorio:

« Sed quae datur actio ex pacto nudo appposito incontinenti? Responde praescriptis verbis. informatur etiam vetus, ut puta si vendidi, datur ex vendito ad pretium. si pactum fuerit appositum incontinenti ut mihi scribat, informabit veterem: quia modo dabitur ad hoc ipsum ut scribat. Vel pone alio modo, quia actio ex vendito suae naturae bonae fidei est: ut instit. de actio. § actionum. cum autem succedit in locum actionis istius, suam formam assumit. ista autem stricti iuris est »⁽⁸³⁾.

nudum pactum non parit actionem sed exceptionem... » ODOFREDO, *in l. In bonae fidei C. de pactis*, n. 3 (fol. 64 r. col. 2). L'argomentazione di ODOFREDO è perfettamente congruente alle linee guida del sistema dei *vestimenta*: « unde est ratio: quia actio inducitur ad obligandum, exceptio ad liberandum: et favorabilis est causa liberandi quam obligandi... et imo favorabiliores sunt rei quam actores... Et hoc est verum quando regulariter nudum pactum parit exceptionem. In casu tamen est speciale quod nudum pactum non parit exceptionem ratione inaequalitatis tollendae. Pone. vendidi tibi rem meam pro centum, sed centum non solvisti: ego tibi rem tradidi, postea sit pactum inter me et te ut recedamus ab illa emptione: istud pactum non parit actionem ut cogaris rem reddere: quia solo consensu receditur ab emptione omnibus integris existentibus: ut quia res non tradita, nec pretium est solutum. Sed si res est tradita, non licet ab emptione recedere... Istud pactum nonne parit tibi exceptionem: ut si petam pretium, obstat mihi exceptio pacti? Certe non: quia sequeretur inaequalitas, quia tu haberes rem, et carcerem pretio... ».

⁽⁸³⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, (L. 13, n. 61), *ad l. In omnibus bonae fidei*, n. 65-67. La stessa tesi si ritrova nella *Summa Codicis*: « Ideo dicitur informari veterem actionem, quia quedam nova forma id est qualitas sibi attribuitur et qualitas actionis ut dicatur bonae fidei vel stricti iuris hic ergo ex vendito actio vel quemvis similis licet sit bonae fidei sui naturae et origine tamen novam formam dicitur assumere quod dicitur stricti iuris. » AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 25 col. 1.

L'azione autonomamente risultante dal patto accessorio è l'*actio praescriptis verbis*: un risultato che appartiene già agli apparati precedenti, ma che in Azone diviene l'elemento per tracciare la comune definibilità della *cohaerentia contractus* e del *rei interventus* sulla caratteristica di assicurare l'obbligatorietà al *pactum* per un fatto autonomo e esterno rispetto alla sua fattispecie conclusiva. Una tutela appartenente allo *strictum ius* e che comunica questa caratteristica all'azione derivante dal contratto integrato dal patto accessorio, sulla circostanza che quest'ultima può essere esercitata al posto della prima ⁽⁸⁴⁾.

In questo modo, nella ricostruzione di Azone la *cohaerentia contractus*, come momento di qualificazione dell'accordo basato sulla sua relazione con un altro accordo pienamente valido e azionabile, regge in una prospettiva unitaria entrambi gli effetti. Essi, difatti, possono anche non formarsi simultaneamente, in taluni casi:

« Patet ergo qualiter pactum incontinenti appositum informat actionem veterem et hoc intellige, si quam reperiat informandam. alioquin contra et posuit dominus Bulgarus exemplum in contractu donationis, ex quo antiquitus nulla dabatur actio: et ideo dicebat quod ibi non informat actionem cum nullam reperiat informandam. sed hoc si respiciamus antiquum ius, non valet: quia de antiquo iure contractus ille talis naturae erat, quod numquam ex eo competeret aliqua actio et ita ex sequenti pacto non posset agi. Praeterea si respiciamus modernum ius, nihil est, quia hodie ex pacto donationis actio competit. unde hodie sive in pacto apponeretur, sive

⁽⁸⁴⁾ Una dottrina riportata anche dalla GLOSSA «*Quinimo*» in *l. Iurisgentium § quinimo, ff. de pactis*: « Et dicitur ideo actio informari a pacto, quia cum actio ex vendito consueverit dari ad pretium, hic poterit dari ad hoc ut Romam vadas, si hoc incontinenti convenit et ita implevit actio a pacto, ut vestis impletur ab homine et informavit ut saccus a frumento [...] Item et ideo dici potest formari, quia cum actio ex vendito sit bonae fidei sui natura erit stricti iuris, cum loco eius praescriptis verbis actio detur, quae est stricti iuris [...] nec enim actio praescriptis verbis suam naturam immutat, ut sit bonae fidei, imo est stricti iuris. [...] Item interdum ideo dicit quia si ex intervallo non informat... ». ODOFREDO se ne distacca criticamente: « Or signori dominus Io. et Az. dixerunt sicut eis placuit et credo quod non bene subtilizaverunt in hoc puncto: quia nulla lex in corpore iuris invenitur quae dicat quod actio bonae fidei efficiatur stricti iuris ex post facto sed invenio bene contrarium: quia actio quae competit pro dote ex stipulatu ab initio: ex post facto efficitur bonae fidei... » (*ad l. In bonae fidei, C. de pactis*, n. 16, fol. 65 r. col. 2).

in ipsa rei traditione, bene informaret veterem actionem, quare Io. magis placuit ponere exemplum in conditionali venditione »⁽⁸⁵⁾.

Se il patto aderisce *incontinenti* ad un contratto che ha già potuto generare la propria azione tipica, questa viene automaticamente versata in una nuova *forma*; i dati normativi della tutela che essa produce vengono di conseguenza a mutarsi, per estendersi alla sanzione dell'obbligo accessorio. Il *pactum adiectum* non potrà esprimere questo effetto, al contrario, ove il contratto principale non abbia ancora prodotto un'azione. Un'ipotesi, questa, che secondo taluni risale al pensiero di Irnerio, il quale non avrebbe dato esempi pratici di questa regola⁽⁸⁶⁾. La prima contestualizzazione di tale principio viene attribuita dalle fonti a Bulgaro, che procede sul terreno della donazione, contratto che, come abbiamo visto, non era anticamente provvisto di un *nomen* proprio e, conseguentemente, di azione. Il patto accessorio alla donazione poteva quindi integrarla, facendo sorgere un'autonoma *actio praescriptis verbis* a tutela dell'obbligo posteriore, non già innovando il contenuto normativo del contratto precedente.

Azone, sulla scorta del pensiero di Giovanni Bassiano, reca un'esemplificazione diversa e coerente al proprio sistema, centrata sull'ipotesi di contratto sottoposto a condizione sospensiva. In questo modo, egli generalizza i casi in cui il patto aggiunto può soltanto produrre la *nova actio* e non *informare* la precedente, riportando il fenomeno al mancato sviluppo del nucleo normativo del negozio originario. Una tesi che, per come è agevole notare, nasce dalla concezione dell'intrinseca omogeneità quanto alla genesi dei due effetti tradizionalmente attribuiti al *pactum adiectum*: l'annessione di un accordo ulteriore produce sempre una *nova actio* che recherà anche una nuova *forma* alla precedente. Un fenomeno che si verifica in ogni specie contrattuale, tanto quelle che vengono tutelate con

⁽⁸⁵⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis, ad l. In omnibus bonae fidei*. (L. 13, n. 61).

⁽⁸⁶⁾ « Sed quia dominus Yrnerius dixit in glo. informat si quem reperiat informandam, non semper si non reperit informandam ut in casu legis nostrae quod fecit et motus fuit propter verba quae dicit Ulp. ff. eo. l. iurisgentium § quinimo et posuit nos in magna briga et non exemplificavit... » ODOFREDO, *in l. In bonae fidei C. de pactis*, n. 19 (fol. 65 v. col. 1).

un'azione potenzialmente estensibile a tutto ciò che può essere funzionale al conseguimento della pretesa, tanto quelle caratterizzate da uno schema univoco di tutela, fatto per assicurare il soddisfacimento di pretese unilaterali e tipicamente determinate ⁽⁸⁷⁾.

Usando dei risultati di questa analisi, Azone riporta in un unico comune denominatore i due effetti possibili del patto accessorio, leggendoli nelle cifra data dalla posteriorità del *vestmentum* rispetto alla genesi del patto. Tutte le volte in cui il momento che legittima l'azione non è contemporaneo al momento di costituzione dell'accordo il giurista riconosce la tipicità organica dell'azione di stretto diritto, che custodisce esclusivamente il *dictum*, imponendo così un rigido legame funzionale tra vincolo obbligatorio e struttura di tutela.

Sia nella *cohaerentia contractus* che nell'*interventus rei* il verificarsi del momento di legittimazione all'azione rileva *ex nunc*, producendo l'identica azione per l'adempimento. Soltanto nell'*interventus rei*, tuttavia, vi è spazio per un'azione in risoluzione, non nella

(87) AZONE interpreta difatti la *l. In bonae fidei* contrariamente alle opinioni precedenti, statuendone l'applicabilità tanto ai contratti di buona fede, quanto a quelli di stretto diritto: « Primo quaeritur quare dicat in bonae fidei, quasi non idem esset in stricti iuris iudiciis, quod scilicet actio nascatur, si incontinenti fiat? Et certe imo: ut Bulgarus fertur dixisse et respondisse: sed contradicit, quia in contractibus bonae fidei videbatur quod sive incontinenti sive ex intervallo fiant: ut dicit idem in stricti iuris iudiciis [...] Dicuntur autem bonae fidei, non quod solum in his bona fides observetur, quia et in contractibus stricti iuris habet observari: ut infra de actionibus et obligationibus [L.] in contractibus. sed ideo dicuntur bonae fidei, quia maxime in his bona fides servatur, cum in eis multa veniant de quibus nec dictum est nec cogitatum: et in eis venit interesse, secundum quod iudici videbitur, et talia extrinseca in stricti iuris iudicio non veniunt, sed solum quod conventum est venit. » AZONE, *Lectura Codicis, de pactis, ad l. In omnibus bonae fidei* (L. 13, n. 61). L'opinione attribuita a Bulgaro viene pacificamente acquisita nelle dottrine degli autori successivi: « Sed quod si pactum est appositum in contractibus stricti iuris incontinenti: ut in stipulatione: quia stipulatus sum centum mihi reddi. et incontinenti paciscor de aliquibus mihi dandis: hic est contractus stricti iuris: quod non connumerantur inter contractus bonae fidei... numquid vestitur cohaerentia contractus praecedentis? Dixerunt quidam quod non: tali ratione moti: quia si hoc est concessum in contractibus bonae fidei, in ceteris videtur vetari propter regulam quod in uno conceditur, in alio prohibetur... Sed certe contra dicendum est: et est dicendum quod pactum appositum incontinenti, sive post contractum bonae fidei, sive stricti iuris, vestitur cohaerentia contractus praecedentis... Et hoc est quod glosavit Bul. os aureum elegantibus verbis... ». ODOFREDO, in *l. in bonae fidei C. de pactis* n. 3 (fol. 64 r. col 1).

cohaerentia contractus, dove l'*actio praescriptis verbis* — individualmente risultante dal patto aggiunto — è pur sempre calata nella forma di un contratto nominato, che non può essere dissolta unilateralmente sulla base dell'inadempimento della controparte:

« Aut si alias non erat venditurus repetit quod dederit... sed non repetit per conditionem ob causam... Nam conditio ob causam non habet locum in contractibus nominatis nisi in contractu donationis... » (88).

La sistematica dei *vestimenta* si completa, perfezionando i due fattori sui quali si fonda. Il primo è dato dalla messa all'esponente dell'*actio*, come *vis* preminente sulla quale rileggere tutta la realtà dei patti; il secondo è dato dalla razionalizzazione interna del catalogo, ottenuta sul criterio della contemporaneità di genesi tra momento fattuale e momento di legittimazione.

Una cifra sistematica sulla quale è possibile definire tutti gli effetti concepibili del patto. È agevole notare come Azone, pur accettandole in via di principio, svuota di importanza le altre *vires pactorum* diverse dall'azione, funzionalizzandole su questa nozione. Basti citare il caso del patto abile a estinguere l'obbligazione:

« Perimunt quoque pacta actiones, ut stipulationes animo novandi facte » (89).

Il giurista non può fare a meno di citare — nella sua singolarità — il caso della stipulazione novatoria che, al pari dell'*acceptilatio*, ha nelle fonti l'effetto di impedire il sorgere delle azioni promananti da un titolo precedente, che si estingue. Pure, egli ridefinisce la struttura di questo effetto di conserva al sistema:

« ...sed iste conventiones non tantum perimunt actiones sed etiam inducunt sicut et in bonafidei contractibus qui solo consensu contrahuntur re integra id est non tradita » (90).

(88) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2.

(89) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 25 col. 1.

(90) AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, ult. loc. cit.

Per Azone un effetto autenticamente estintivo del titolo di un'obbligazione si può avere soltanto ove il secondo accordo intervenga prima che quello originario sia stato, in qualche modo, provvisto di un *vestmentum*. Si spiega così il riferimento ai contratti *bonae fidei*, che possono essere risolti nel comune accordo fra le parti solo prima che una di esse abbia dato corso alla sua prestazione. La novazione, che negli apparati precedenti doveva essere considerata nella sua autonomia concettuale, per dar luogo ad un effetto non assimilabile ad altri, possibili, effetti del *pactum*, viene riportata da Azone nel sistema dei *vestimenta*. Essa, difatti, si traduce in un patto successivo che aderisce al contratto originario e provvisto di una morfologia tale da elidere la fattispecie principale:

«...et nihil de precio soluto paciscendo augeant vel diminuunt precium et nova datur actio et vetus tollitur nisi in contrarium agatur» ⁽⁹¹⁾.

Se il patto successivo avesse ad oggetto l'aumento o la diminuzione del prezzo, quindi di un solo aspetto della struttura negoziale, ragioneremmo in termini di *informatio actionis*: il venditore tutelerebbe la propria pretesa esercitando l'originaria *actio venditi*, cui il patto accessorio impone la nuova *forma*, ossia la ridefinizione del *quantum*. A questo rimedio si affianca quello della *nova actio*, immediatamente risultante dal patto aggiunto, alternativa ma non incompatibile con la precedente; in questo caso, il venditore può richiedere il pagamento *per verba praescripta* ⁽⁹²⁾.

Ove il patto successivo, al contrario, abbia una struttura tale da coinvolgere tutti gli elementi fondanti del negozio, esso produce soltanto una *nova actio* incompatibile con la precedente («*vetus*

⁽⁹¹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, ult. loc. cit.

⁽⁹²⁾ Due tutele comparabili, fra le quali scegliere caso per caso. Optando per la prima, la parte porta in giudizio tutto il regolamento contrattuale, esponendosi al rischio delle eccezioni che l'avversario può trarvi; preferendo la seconda, egli porta in giudizio solo la sua pretesa al pagamento del prezzo, astraendola dal contesto: l'avversario dovrà quindi agire a sua volta (in via riconvenzionale, diremmo oggi) per porre all'attenzione del giudice i fatti che egli reputa idonei a impedire o elidere la domanda dell'attore. Il convenuto corre, in questo caso, il rischio di non avere a disposizione un'azione specifica, ma di dover far riferimento alla più generale *actio doli*.

tollitur») e comporta quindi la novazione totale ed estintiva della fattispecie precedente. In questa dottrina possiamo verificare come il sistema dei *vestimenta* raggiunga il suo punto di massima perfezione, diventando cifra unitaria per la comprensione del fenomeno pattizio.

CAPITOLO IV

LE CARATTERISTICHE DEL SISTEMA

1. Inconfigurabilità strutturale e indefinitezza funzionale del *pactum nudum*. — 1.1. I tentativi di individuare un concetto strutturale di nudo patto. — 1.2. L'indefinitezza funzionale del *pactum nudum*. Il problema del *pactum de non petendo* tra *naturalis* e *civilis obligatio*. — 2. La struttura della qualificazione e il suo carattere non positivo. — 2.1. Il problema dei patti nudi che producono azione. — 2.2. La breve storia dell'*auxilium legis*. — 3. I *vestimenta* come sede di analisi tipologica delle fattispecie. — 3.1. *Ius civile* e *ius gentium* nel quadro dei *vestimenta*. — 3.2. La *confirmatio a lege* nella sua veste ordinaria: le *legitimae conventiones*. — 3.3. La *confirmatio a lege* come via per la comprensione dello *ius novum*. *Enfiteusi* e *sponsalitia largitas*. — 4. I contratti *iurisgentium* ed il ruolo definitorio del *nomen*. — 4.1. La definizione dello *ius gentium*. — 4.2. Il ruolo definitorio del *nomen contractus* nell'ottica del nuovo sistema. — 5. I *vestimenta* come sede di valutazione tipologica.

1. *Inconfigurabilità strutturale e indefinitezza funzionale del pactum nudum.*

1.1. *I tentativi di individuare un concetto strutturale di nudo patto.*

Il catalogo dei *vestimenta*, quale si realizza nell'apparato di Azone, resta indiscusso nella sua struttura fondamentale negli apparati immediatamente posteriori. Abbiamo già visto come l'opera di Accursio lo recepisca integralmente, consolidandolo in un assetto che costituirà l'oggetto della riflessione dei giuristi successivi.

L'immagine dell'accordo provvisto di una qualificazione ulteriore è il principio cardine di questa rappresentazione, che conduce ad una prima tipizzazione delle fattispecie sul criterio del momento di conclusione. Taluni *vestimenta* individuano difatti dei modelli in cui la conclusione coincide con il momento in cui avviene lo scambio del consenso: il fattore di qualificazione, in questo caso, caratterizza

strutturalmente la fattispecie di produzione dell'accordo. Per altri modelli, segnatamente quelli vestiti *cobaerentia contractus* e *interventus rei*, la fattispecie di formazione del consenso e quella che assicura l'azionabilità degli effetti si pongono su due piani diversi. L'occorrenza del fattore di qualificazione è, in questo caso, eventuale: essa può intervenire o meno, in dipendenza dal comportamento delle parti ⁽¹⁾.

L'immagine di una giuridicità *minimale* del nucleo di consenso cui di volta in volta può aderire un momento ulteriore, che conduce la fattispecie ad un più alto grado di giuridicità e di sanzione, rappresenta al contempo la condizione di legittimità del sistema e la sua maggiore contraddizione intrinseca. Per un apparente paradosso sono le fonti più risalenti, cui è sconosciuta la razionalizzazione dei *vestimenta*, ad ascrivere pienamente questo schema, nel momento in cui tracciano la distinzione tra le fattispecie azionabili e non azionabili di patto. Nel momento in cui l'insieme dei possibili accordi viene inegualmente bipartito in due classi, quella dei *pacta in generali* e *in speciali nomine*, ciascuna ottiene una propria dignità strutturale. L'invalersi dell'architettura dei *vestimenta*, questa importantissima cesura nell'approccio metodologico alla questione, mostra, al contrario, tutta l'incompatibilità di questa raffigurazione con la struttura complessiva del sistema.

Esso risulta, sotto questo profilo, acefalo. Malgrado la terminologia adottata, la rudimentale dizione del *quid* che deve *rivestire* l'accordo, il sistema dei momenti di qualificazione priva di ogni contenuto strutturale e normativo il termine fondante della costruzione, l'elemento cui dovrebbe essere affidato il compito di rappresentare il minimo e imprescindibile livello di giuridicità. Una volta accettata la logica dei *vestimenta*, difatti, notiamo come il *pactum nudum* si palesi, allo sguardo dei giuristi successivi, come una nozione non configurabile in termini di struttura.

«*Sed quid est nudum pactum?*»: questo è l'interrogativo che

(1) Nel caso del patto vestito *rei interventu*, difatti, l'accordo fra le parti diventa esecutivo e azionabile nel momento in cui una di esse ha dato vita alla propria prestazione; nell'ipotesi della *contractus cobaerentia*, i soggetti debbono comunque dar vita ad un accordo parallelo rispetto al principale, espressamente concordando che questo non risulti derogato o totalmente novato dalla seconda pattuizione.

ricorre tanto nella *Glossa Magna* quanto nell'opera dei giuristi posteriori. Osservando le risposte dell'opera di Accursio possiamo renderci conto di come la trama dei *vestimenta* ponga il patto nudo nella contraddittoria posizione di termine indispensabile per la pensabilità dell'architettura e tuttavia privato di ogni dignità sul piano strutturale:

« Responde quando hoc contrahentes voluerunt, ut esset nudum: ut infra eodem § quod fere. » (2).

Prima di una serie di ipotesi, questa asserzione ci evidenzia la difficoltà del glossatore a provvedere di significato una nozione che il sistema ha, per altro verso, svuotato di senso. Non merita dilungarsi qui sui limiti pratici di un'ipotesi consimile; ciò che rileva è il modo di procedere del giurista che, invece di costruire un concetto di nudo patto in sé autonomo e sufficiente, tenta di isolarne uno a partire dalla struttura di una fattispecie specifica (3). È agevole notare, difatti, come la *Glossa* ipotizzi le figure di patto nudo cercando di individuare il limite oltre il quale deve configurarsi, al contrario, la fattispecie contrattuale pienamente azionabile. In questo senso:

(2) GLOSSA « *Igitur* » in *l. Iurisgentium § Sed cum nulla, ff. de pactis*.

(3) Ossia la *stipulatio*, fattispecie presa ad esempio dalla stessa glossa nel descrivere le ipotesi successive. In dottrina, l'unico che si occupa delle varie ipotesi di patto nudo isolate dalla GLOSSA a partire dalla *verborum conceptio* è lo CHEVRIER: « La Glose découvrait encore des nombreux exemples de pactes nus, et l'opinion ordinaire des Docteurs, distinguait deux grandes variétés parmi ces derniers. Tantot, le pacte nu était une stipulation inverse, la réponse précédant l'interrogation, tantot, il était une accord volontairement demeuré dans la catégorie susdite. Bref, c'était, soit une acte formel irrégulier, soit une convention que la fantaisie des parties condamnerait à rester sans effet. Le second cas était purement théorique; dans le premier, le pacte nu était un déchet d'une catégorie civile. » (*Essai sur l'histoire de la cause*, cit., p. 177). L'impostazione dello CHEVRIER è opposta a quella qui seguita. Ritengo infatti che la GLOSSA, in questo passo, non si proponga il fine di elencare esaustivamente il novero dei *pacta nuda*, ma isoli sparsamente delle ipotesi di pura astrazione concettuale, buone soltanto per salvare la parvenza di realtà della nozione. Fa fede, in questo senso, la circostanza che tutti i casi riportati dalla glossa « *Igitur* » si riferiscano alla *stipulatio* o, meglio, a fattispecie di *stipulationes* che per diritto romano sarebbero irrimediabilmente viziate.

« Item quando fuit sola sponsio sine interrogatione: ut infra de pollicitationibus l. pactum vel verius non est pactum: ut ibi » (4).

Un tentativo che la stessa glossa « *Igitur* » riconosce fuori dal sistema, visto che questa ipotesi ha già una sua completezza concettuale nella figura della *pollicitatio*. Sulla stessa falsariga si indirizza un ulteriore tentativo:

« Item quando stipulatio est inutilis: ut quia vel inter absentes, vel praecessit responsio interrogationem: quod esse non debet: ut C. de usuriis l. prima vel alias sit inutilis. Habet enim in se pactum nudum: ut infra de acceptilationibus l. an inutilis. » (5).

Evidente la tendenza di isolare il patto nudo in negativo, partendo dall'ipotesi del contratto in sé perfetto e privandolo del momento di qualificazione, il *vestmentum* (6). Operazione lungi dall'essere a piena tenuta concettuale e che anzi dimostra l'impossibilità di separare, concordemente ai presupposti del sistema i due elementi del consenso e della dichiarazione. Partendo dalla struttura della *stipulatio*, patto vestito *verbis*, non si riesce ad ottenere il patto nudo semplicemente escludendo la completezza della *formula sponsonis*, poiché attraverso essa si ha non solo la legittimazione all'azione, ma la conclusione stessa dell'accordo. È così che la *Glossa* deve ricorrere all'argomento della dichiarazione irregolare, con la conseguenza di fare del patto nudo il prodotto di una fattispecie invalida, contraddicendo i fondamenti complessivi della costruzione nel tentativo di provvedere il lato debole del sistema di una qualche sostanza.

Allo stesso modo la *Glossa* ci offre un'altra definizione possibile di patto nudo, partendo dal tessuto di uno fra i più citati passi del *Corpus Iuris*:

(4) GLOSSA « *Igitur* » in *l. Iurisdictionum* § *Sed cum nulla*, cit.

(5) GLOSSA « *Igitur* », cit.

(6) Conforme SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 217: « *Pactum nudum* ist nach der Theorie der Glossatoren dagegen jede Vereinbarung, die kein *vestmentum* aufweisen kann. Der Begriff des *pactum nudum* war auf diese Weise von vornherein nur negativ bestimmbar. Das *pactum nudum* bildet daher stets einen Fremdkörper unter den *pacta vestita*. ».

« Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur » (7).

Procedendo da questa regola, si può avere un concetto diverso di patto nudo:

« ...et nudum appellat omne quod non est traditione subnixum, id est, quod non habet rei traditionem annexam: licet sit vestitum. » (8).

Una nozione che, nel tentativo di provvedere di struttura il concetto guida della classificazione, finisce per superare la stessa ragione del distinguere tra patti nudi e vestiti. Individuare nel patto nudo l'accordo cui non segue la tradizione della cosa significa, se inteso nei termini della glossa appena citata, ammettere un concetto che smentisce il fondamento stesso dell'architettura complessiva. La stessa glossa è costretta ad ammettere, difatti, che anche taluni patti vestiti non sono caratterizzati dalla *traditio*, e finisce così per proporre una nozione di nudo patto fatta non per integrare, bensì per giustapporsi alla diarchia che anima il sistema. In questi termini, questa seconda nozione di patto nudo dovrebbe indicare la realtà del contratto perfetto quanto alla sua qualificazione, ma ancora privo dell'inizio dell'esecuzione che nei contratti traslativi è unico titolo alla costituzione del diritto di proprietà nella sfera patrimoniale del ricevente. Un significato più specifico, dunque, che non è in grado di comprendere tutte quelle fattispecie contrattuali che non hanno tipicamente effetti traslativi e che non vedono, conseguentemente, la *traditio* fra gli elementi della fattispecie esecutiva.

(7) C. 2, 3, 20.

(8) GLOSSA « *Non nudis* » in l. *Traditionibus C. de pactis*. Il *dictum glossae* è circondato da una lunga serie di *limitationes*, isolate per confermare questo principio. La GLOSSA, ad esempio, proclama la validità di questo principio nel caso dell'accordo con cui un soggetto costituisce a favore del proprio creditore un diritto di pegno su un suo bene. Così facendo, la GLOSSA esclude che l'acquisizione temporanea del bene gravato da pegno possa rientrare nella nozione di *traditio*, comunque centrato sul concetto di proprietà. Ovviamente, la regola non vale per il caso in cui il pegno sia stipulato *sub lege commissoria*, per la quale, in caso di inadempimento, la proprietà del bene gravato passa al creditore.

1.2. *L'indefinitezza funzionale del pactum nudum. Il problema del pactum de non petendo tra naturalis e civilis obligatio.*

La vacuità strutturale del nudo patto, sufficientemente dimostrata dall'impossibilità del giurista medievale di ricostruirne la sostanza all'interno della rete dei *vestimenta*, è già di per sé in grado di sottoporre a critica le facili contestualizzazioni moderne. I risultati di un'analisi condotta esclusivamente sul profilo strutturale mostrano immediatamente l'incongruenza del modello ricostruttivo tradizionalmente adoperato dalla storiografia, basato sull'idea del puro accordo come fonte di un'obbligazione naturale, pienamente cogente fra le parti, che diviene azionabile in virtù del momento successivo del *vestmentum*. Lo abbiamo visto nel caso dei contratti *nominati*, nei quali il *vestmentum* nasce insieme al patto, rendendo il supposto nucleo non isolabile all'interno della fattispecie complessiva. Malgrado tutti i suoi sforzi, condotti alla ricerca di una piena specularità dei due lati del sistema, il giurista medievale non può individuare un patto nudo dotato del medesimo contenuto normativo di una compravendita o di una *stipulatio* e sia tuttavia in grado di produrre fra le parti solo gli effetti riconducibili ad un'obbligazione naturale, quale, ad esempio, la *soluti retentio*. Nei casi in cui, come per le fattispecie *innominatae*, il patto nudo è più facilmente distinguibile rispetto al negozio complessivo, ad esso non è attribuibile alcun effetto anteriormente all'*implementum*; in quel momento, tuttavia, il patto diviene vestito e, quindi, azionabile.

È innegabile, d'altro canto, che i glossatori, di conserva a tanta parte delle fonti romane, parlino di *naturalis obligatio*: si tratta quindi di misurare esattamente il significato tecnico di questo concetto, una volta adoperato sul terreno dei *pacta* e all'interno della dogmatica dei *vestimenta*. Un obiettivo che può essere perseguito analizzando come l'invalersi di questa struttura di razionalizzazione della realtà dei contratti conduca a privare sempre più il patto nudo del contenuto funzionale attribuitogli costantemente dagli apparati più risalenti: la produzione dell'*exceptio*.

Se riprendiamo brevemente il testo della *Summa Trecensis*, possiamo notare come esso procedesse attraverso una partizione speculare tra *actio* e *exceptio*, affidando la prima al patto provvisto di un *nomen speciale* e lasciando la seconda al patto *sub generali*

nomine — il patto nudo delle dottrine ulteriori — « *quia procliviora sunt iura ad defendendum quam ad impugnandum et facilius exceptionem quam actionem tribuunt* ». In quest'ottica, mentre gli effetti attivi del patto non possono prescindere dal momento di qualificazione, gli effetti negativi — volti all'elisione di precedenti relazioni giuridiche intercorrenti tra le parti — procedono direttamente dal patto nudo. Come abbiamo visto, gli apparati successivi aumenteranno sempre più le *vires pactorum*, intervenendo esclusivamente a carico di questa specie di effetti, moltiplicando le distinzioni.

L'analisi di un punto teorico specifico, costantemente assunto dagli apparati come terreno di riscontro dell'efficacia del patto nudo, è in grado di mostrarci le linee di un'evoluzione teorica che arriva a privare questa nozione di ogni individualità dal punto di vista funzionale. Un dibattito complesso, unica sede in cui i glossatori trattano con una qualche organicità il tema della *naturalis obligatio* come prodotto del patto.

Il problema cui si allude è fornito dal *pactum de non petendo*. Tizio deve a Caio una somma, sulla base di un titolo qualsiasi; successivamente, le due parti stringono un patto col quale Caio rinuncia al suo debito. Cosa accade nel caso in cui un accordo successivo fra le stesse parti intenda riportare Caio nella pienezza del suo diritto?

Un importante passo del *Codex*, contenuto sempre nel titolo *de pactis* ⁽⁹⁾, stabilisce che, nella successione di più accordi, vada comunque sanzionato l'ultimo. Ciò conduce alla reviviscenza dell'azione originaria (« *actionem, quae super prima conventione fuerat, exercere non prohiberis* »): una risposta che non soddisfa le esigenze sistematiche dei glossatori.

Rogero, difatti, limita la validità di questo principio ai soli *pacta* che elidono la pretesa avversaria *ope exceptionis*. Esposta in modo non certo perspicuo, la tesi è che il patto con cui si accorda la remissione del debito elide *ipso iure* la *naturalis obligatio* e dà modo di estinguere la pretesa civile attraverso l'eccezione:

⁽⁹⁾ L. *Pacta novissima*, C. *de pactis*.

« si agam, quia naturalis obligatio sublata est ipso iure per pactum, civilis petitio eliditur per exceptionem. » ⁽¹⁰⁾

La regola della *l. Pacta novissima* non può invece operare per quei patti che elidono la pretesa avversaria *ipso iure*:

« ...et quod consensu contractum est, si e contrario consensu sublatum sit, si postea paciscatur ut petere liceat, an agere possis queritur et dicendum est non posse agere, quia actio que ipso iure per pactum sublata est, posteriore pacto non integratur, nisi sit similis priori. » ⁽¹¹⁾.

Il patto successivo, che a sua volta intende elidere la precedente remissione, può quindi avere effetti, ma solo nel senso di far nascere *ex nunc* un'obbligazione di contenuto eguale alla precedente che, una volta estinta, non può risorgere *ex tunc*. La posizione di Rogerio è dunque di solo apparente rispetto della regola del *Codex*, che non può applicarsi laddove l'accordo di remissione abbia operato l'estinzione della pristina obbligazione fuori dallo schema dell'*exceptio*:

« ...restat igitur novissima pacta servari oportere, nisi tale pactum antecadat, quod ipso iure tollat priorem obligationem, ut solutio, acceptilatio et delegatio, que vim solutionis obtinent. » ⁽¹²⁾.

E questo tanto nei casi in cui l'operatività *ipso iure* deriva dalla puntuale indicazione della *lex romana*, come nel caso della rinuncia ad esperire l'*actio furti* o *iniuriae*, tanto in altre ipotesi, non tutte riconducibili allo schema pattizio, sia di carattere satisfattorio, come la *solutio*, sia non satisfattorio, come l'*acceptilatio* o la *delegatio*. Fuori da questi casi, che importano comunque l'adempimento o il mutamento di una delle parti dell'obbligazione, il patto *de petendo* non opera. Laddove gli viene riconosciuta un'efficacia, tuttavia, ciò accade solo perché esso riprende integralmente il contenuto dell'obbligazione principale fra le stesse parti e non perché esso elimini gli effetti del precedente *pactum de non petendo*.

⁽¹⁰⁾ ROGERIO, *Summa Codicis, de pactis*, cit. n. 23.

⁽¹¹⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. cit.

⁽¹²⁾ ROGERIO, ult. loc. cit.

Si nota agevolmente, in questa costruzione, un significato di *obligatio naturalis* estremamente distante da quello romanistico, fatto proprio anche dalle esperienze moderne di diritto codificato. In queste l'obbligazione naturale è tale allorché deriva da un titolo che l'ordinamento statuale non riconosce proprio e cui, di conseguenza, non riserva alcuna tutela per l'adempimento. Lo stesso ordinamento, tuttavia, per le ragioni più varie, tiene in considerazione l'adempimento spontaneo, tutelandolo rispetto alla ripetizione dell'indebito, cui andrebbe altrimenti incontro, al pari delle prestazioni effettuate sulla base di un titolo inesistente o *contra ius*.

Il significato in cui i glossatori parlano di *naturalis obligatio* è quanto mai distante da questa sorta di obbligazione dimidiata fra ordinamenti diversi, in bilico fra gradi disomogenei di effettività⁽¹³⁾. Esso identifica l'intero contenuto dell'obbligazione che il *pactum de non petendo* va ad elidere: la miglior prova risiede nel fatto che il giurista tiene significativamente distinta questa nozione non rispetto all'*obligatio civilis*, ma rispetto a una *civilis petitio*. Fosse vera la prima ipotesi, potremmo imputare al giurista medievale il tentativo di scindere la realtà dell'obbligazione su più piani distinti, ciascuno appartenente ad un singolo ordinamento; vera la seconda, essa ci rappresenta l'individualità del vincolo sul piano della *natura* e l'autonomia della sua azionabilità sul diverso piano della *ratio civilis*.

In ultima analisi, il giurista medievale ricorre qui alla diarchia fra *naturalis* e *civilis ratio* non per distinguere due livelli strutturali della fattispecie, apprezzabili come tali nel momento genetico dell'obbligazione, bensì per sancirne l'unità. Egli combatte l'idea propria della *l. Pacta novissima* di poter restituire efficacia alla pretesa per l'adempimento rendendola astratta rispetto al titolo che l'ha originata. Dichiarare che il patto nudo — avente come unico effetto la produzione di un'eccezione e quindi l'elisione della pretesa — estingue la *naturalis obligatio* non serve per individuare parallelismi strutturali, da contestualizzare sulla semplice alternativa tra patto nudo e patto vestito. Il glossatore, al contrario, parte da questa realtà

(13) Significato — è appena il caso di avvertire — fatto proprio dalle tesi prima criticate, particolarmente consentaneo all'idea di un nucleo consensuale comune a tutte la fattispecie negoziali, che attende di essere integrato da un momento di qualificazione atto a portare il negozio nell'orbita di un diverso ordinamento.

per sottolineare l'impossibilità di inibire o restituire l'efficacia di un solo lato della fattispecie complessiva con pattuizioni successive. È significativo, a tale riguardo, che tutte le esemplificazioni del *pactum de non petendo* vengano fatte a partire dalla struttura della *stipulatio*, negozio astratto per eccellenza, in cui l'azionabilità del vincolo prescinde dalla cognizione del titolo concreto che l'ha originato.

Una circostanza che anima la dottrina di Azone:

« Nam pactum de non petendo naturalem tollit obligationem ut ff. de solutionibus l. Stichum § naturalis et vulnus infligit civili et ipsam elidit ne effectum sortiatur. Potest et tertius effectus notari quod obligat naturaliter paciscentem non petere sicut et civiliter et naturaliter obligaretur stipulatione interveniente nec obstat quod legitur ff. de iure dotium [...] quia quod ibi dicit non obligatur verum est civiliter obligatur tantum naturaliter vel non obligatur aliquid dare sed obligatur non petere. » (14).

Azone parte dalla stessa visione della fattispecie estintiva, che elimina il titolo dell'obbligazione e impedisce l'esercizio dell'azione relativa. Se le parti avessero convenuto la remissione per mezzo di una *stipulatio*, il creditore rinunciante sarebbe pienamente obbligato a non richiedere oltre l'adempimento del vincolo estinto e alla controparte spetterebbe l'azione a tutela. Il meccanismo ibrido cui dà luogo il patto nudo *de non petendo* non viene giudicato, a confronto con questa realtà, a perfetta tenuta da Azone. Egli deve quindi chiudere l'apparato di tutela assumendo che il creditore rinunciante sia vincolato a non richiedere oltre la prestazione sulla base di un'obbligazione naturale (15).

(14) AZONE, *Summa Codicis*, cit. p. 25 col 1.

(15) Una soluzione che AZONE riprende da GIOVANNI BASSIANO: « Praeterea tertium operatur illud pactum de non petendo, quia per id creditor naturaliter dici potest obligatus ne petat, et ita Io. dixit: ut sicut cum promisi per stipulationem ne petam, teneor civiliter et naturaliter non petere: ita si per pactum de non petendo naturaliter quis obligetur ». AZONE, *Lectura Codicis, de pactis, ad l. Pacta novissima*, n. 51-52 (fol. 67 r.). Anche ODOFREDO (*in l. Pacta novissima C. de pactis*, p. 63 col 1.) riporta la tesi della triplicità d'effetti del *pactum de non petendo* a questo autore: « Dixit enim Iohannes tres sunt vires primi pacti quia primum quod operatur est: quod naturalem obligationem tollit ipso iure... Item operatur secundum, quia primam civilem qua tenebatur debitor creditor: ope exceptionis elidit... Item operatur tertium quia obligat creditorem debitori naturaliter non petere ».

In questo modo, tuttavia, egli congiunge definitivamente le sorti della *naturalis* e della *civilis obligatio* in una visione unitaria del vincolo obbligatorio:

« Pactum autem de petendo non tollit ipso iure pactum de non petendo quia naturalem obligationem extinctam non resuscitat, sed obstaculum quod apponebatur civili ne sortiretur effectum reicit remedio replicationis et satis dici potest ut tollat naturalem obligationem ipso iure quia creditor tenebatur non petere stipulatio autem aquiliana tollitur ipso iure praecedentem obligationem et redditur ratio quia in pactum factum versatur. » ⁽¹⁶⁾.

Il patto successivo alla remissione del debito, con cui si legittima nuovamente la pretesa all'adempimento non fa risorgere *ipso iure* il titolo originario, ma fornisce a sua volta al creditore agente un'eccezione — la *replicatio* — da opporre a sua volta all'eccezione risultante dal precedente *pactum de non petendo* ⁽¹⁷⁾. Il sorgere di questa nuova e ulteriore eccezione ha per effetto di elidere l'obbligazione naturale a non chiedere l'adempimento risultante al creditore dalla remissione ⁽¹⁸⁾.

Questa costruzione ci conferma dell'uso che il giurista medievale fa del concetto di *naturalis obligatio*, non come vincolo di efficacia dimidiata e pure esistente, entità autonomamente percepibile nel mondo dei fenomeni giuridici, ma come momento di percezione di una fattispecie unitaria, i cui tratti procedono necessariamente di conserva ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ AZONE, ult. loc. cit.

⁽¹⁷⁾ Molti giuristi successivi riportano le posizioni di GIOVANNI BASSIANO e di AZONE come concordanti sul punto delle *vires* del *pactum de non petendo* e discordanti invece sulla questione degli effetti del successivo patto *de repetendo*: « Et imo ad solutionem istorum contrariorum et ut plene liqueat articulum iste nota hic quae sunt vires primi pacti de non petendo et quae sunt vires secundi pacti de petendo et dominus Iohannes in commento suo super l. ista et ff. l. si unus § pactum notavit vires utriusque pacti et dominus Azo in summa huius tituli et in viribus ultimi pacti discordavit discipulus a magistro. » (ODOFREDO ult. loc. cit., p. 63 r. col. 2).

⁽¹⁸⁾ Il riferimento alla *stipulatio aquiliana*, ossia al negozio verbale che, riassumendo i termini del precedente rapporto obbligatorio fra le parti, non discendente da contratto verbale, conduce alla novazione totale del titolo e contemporaneamente lo sottopone a quietanza è esaustivo in questo senso.

⁽¹⁹⁾ Ne abbiamo piena conferma analizzando ulteriormente la differenza tra la

Consentiamoci una similitudine: il vincolo promanante da un contratto è, per i glossatori, come un raggio di luce fatto di tonalità fra loro organiche; il *pactum de non petendo* funge da prisma, atto, per sua natura, a frangere tale unità su due spettri diversi. Ciò non toglie, tuttavia, che la realtà del contratto sia unitaria e che solo il momento di crisi analitica fornito dalla vicenda della remissione possa condurre a riguardarla sotto due profili distinti, conformemente alla caratteristica principale del sistema dei *vestimenta*: il vincolo organico fra volontà e dichiarazione (20).

posizione di GIOVANNI BASSIANO rispetto a quella tenuta dal suo discepolo AZONE. La posizione del maestro, per come ci viene partecipata unanimemente da molti apparati, riconosce la piena specularità di effetti tra il *pactum de non petendo* e l'accordo successivo: « dixit Iohan. reparat ea quae dissipavit primum pactum de non petendo. pactum enim de non petendo perimit naturalem illam facit resurgere pactum de petendo secundum hoc non esset pactum sed medicus immo deus quia facit miraculose resurgere obligationem naturalem quam perimerat pactum de non petendo: et hoc non probatur aliqua lege. » (JACQUES DE RÉVIGNY, *super Codicem, ad l. Pacta novissima*, fo. 57 r.). Questa dottrina va nel senso di considerare la fattispecie contrattuale come insieme di due distinte ragioni di obbligazione, l'una *naturalis*, l'altra *civilis*, per cui un successivo fatto giuridico riuscirà a riportare in piena auge quel profilo di giuridicità dell'obbligazione originaria sul quale è passibile di intervenire per propria natura. Il patto nudo *de repetendo*, svolgendo i propri effetti per definizione solo sul lato della *naturalis obligatio*, restituirà piena efficacia al lato *naturale* dell'obbligazione originale, dotata dello stesso contenuto. Se tale ultimo accordo è provvisto anche di una *ratio civilis*, allora l'accordo originale rivivrà in ogni sua parte. La posizione di AZONE, sempre seguendo le parole del RÉVIGNY, è totalmente opposta: « ...ideo Azo qui fuit discipulus Io. recessit a sententia praepceptoris. impossibile enim est dixit Azo quod obligatio semel extincta resurgat ut ff. de solutionibus l. qui res. Unde pactum secundum de petendo non facit resurgere obligationem naturalem quam perimerat pactum de non petendo. Unde non est deus sed medicus... » (JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.).

(20) Tale impostazione permea la totalità del dibattito sul *pactum de non petendo*, per come ci viene dimostrato anche dalla posizione tenuta dalla GLOSSA « *Ipsa iure* », in l. *Si unus § pactus ne peteret, ff. de pactis*: « Imo videtur quod ipso iure tollatur, ut infra de solutionibus l. Stichum § naturalis contra. Solutio. dicunt quidam quem ibi erat civilis et naturalis obligatio, ut ideo naturalis ipso iure tollitur cum nam naturalis sit quasi socia civilis obligationis ex eius societate corruptionem contrahit. hic vero cum sola naturalis sit, solo pacto tolli non potest, eundem Ir. sed haec solutio displicet et nobis et legi, ut infra de iureiurando l. finali primo responso. Alii dixerunt, ut R. tolli ipso iure, scilicet exceptione. sed hoc displicet, quia hoc non est tolli obligationem, sed elidi. Alii dicunt econtrario ad primam, quod si inveniatur naturalis cum civili non possit naturalis tolli per pactum, qui una est substantia utriusque, unde una sublata necessarium est et

2. *La struttura della qualificazione e il suo carattere non positivo.*

2.1. *Il problema dei patti nudi che producono azione.*

Il primo momento fondante dell'impostazione tradizionale, la percezione da parte dei glossatori di un nucleo consensuale in ciascuna fattispecie contrattuale, viene sostanzialmente smentito dalle risultanze precedenti. Pur indotto dalla facile terminologia del giurista medievale, la pretesa rilevanza del consenso non si manifesta in via strutturale, concretizzandosi in una nozione specifica. Tale non è il *pactum nudum*, come abbiamo visto, concetto tanto necessario alla costruzione del sistema quanto privato di vera sostanza normativa. La salvifica emersione dell'elemento consensuale non si dimostra neanche in termini funzionali: come dimostra il percorso interpretativo sul *pactum de non petendo*, il concetto di obbligazione naturale fatto proprio dal giurista medievale non identifica il còrtice consensuale della fattispecie. La *naturalis obligatio* dei glossatori non si distingue architettonicamente da un'*obligatio civilis*; due termini che, a loro volta, non si ricollegano strutturalmente alla diarchia tra patto nudo e vestito.

Quest'ultima attende di essere diversamente valutata, alla luce di questi dati. Si perde, difatti, la possibilità di intendere nel *vestmentum* l'elemento cui affidare la piena sanzionabilità *de iure civili* di un qualcosa già perfetto *de iure naturali*.

Una tesi coerentemente seguita da tanta parte della dottrina, che assegna a questo modello il compito di infrangere la rigida tipicità strutturale romana. Il *vestmentum* viene, in tal modo, reso come momento di astrazione dal tessuto proprio delle fattispecie romane di quel *quid* che conferisce l'obbligatorietà all'accordo; in quest'ottica, esso può essere definito come un fattore qualificante espresso da una fonte normativa superiore, che individua in piena autonomia potestativa le fattispecie da comprendere nella sua tutela.

Il presupposto non esplicitato sul quale si basa questa ricostruzione, consiste nell'intendere il novero dei *vestimenta* come un insieme agevolmente estensibile. Laddove il senso profondo delle

civilem tolli, quod esse potest. Et quod sit una substantia, innuitur infra ubi dicit totam obligationem et cetera... ».

dottrine contrattuali dei glossatori viene percepito nella cifra della distinzione tra momento del consenso e fattori di qualificazione, la moltiplicazione di questi ultimi conduce di per sé a spezzare i rigidi vincoli della tipicità romana.

Occorre, in altre parole, che il catalogo dei *vestimenta*, isolato dal giurista a partire dalla realtà tipica delle *causae obligationum* romane possa ampliarsi a comprendere altri criteri, totalmente disomogenei rispetto a quelli. Il che — è bene dirlo subito — non è. I *vestimenta* esistono in quanto esiste l'*auctoritas* che il testo esercita sull'interprete medievale. Estenderne il novero oltre i limiti del sistema significherebbe dare per automaticamente spezzato questo legame, vincolo ma insieme impulso dell'interpretazione giuridica medievale. La risposta dei glossatori è diversa, ed è una risposta pluralistica, finalizzata alla scansione della realtà dei contratti su molteplici piani di comprensione, dai quali partire per edificare un sistema diverso, intorno ad una cifra eminentemente tipologica.

Si può darne adeguata dimostrazione analizzando un tema che attraversa — non a caso — esclusivamente la riflessione dei *doctores* pienamente calati nell'ottica dei *vestimenta*. Il problema cui si allude è quello dei *pacta* che producono un'azione pur restando privi di un *vestmentum*.

Taluni casi specifici, di cui possiamo trovare indicazione in Azone:

« Et si quidem pactum fuerit nudum, propter nimiam frigiditatem parere actionem non potest nisi mirabiliter hoc in quibusdam casibus accidat in quibus casibus nudum pactum parit actionem, ut in donatione. »⁽²¹⁾.

Oltre alla donazione vengono indicate altre ipotesi, come il *constitutum pecuniae* e la dote, insieme ad altre certo più specifiche, titolabili solo a soggetti determinati, come la *promissio nuda civitati facta*, il *foenus nauticum*, l'*accessio frumenti* e le *usurae civitati promissis*⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 24 col. 2. Cfr. H. DILCHER, *Der Typenzwang in mittelalterlichen Vertragsrecht*, cit., p. 278.

⁽²²⁾ « Item in constituta pecunia ut infra de donatione l. si quis argentum § sin

Conviene esaminarli partitamente, restringendo lo sguardo alle sole ipotesi più generali. Per quanto riguarda la donazione, il riferimento di Azone è a un passo del *Codex*, il quale afferma che, per principio, ove la donazione avvenga a mezzo di una *stipulatio*, l'obbligo a trasferire la cosa donata discende dalla *vis* propria di questo atto. Tuttavia, anche ove il momento formale della stipulazione « *praetermissum fuit* », il donante è parimenti obbligato a trasferire la cosa donata, sulla base, questa volta, della statuizione positiva promanante da quella medesima costituzione. Avendo mente all'evoluzione del diritto romano, questo testo rappresenta uno dei momenti di passaggio della donazione da negozio realizzabile secondo diverse *formae iuris* a contratto autonomo, fase propria del diritto postclassico e giustiniano. La costituzione in parola, difatti, rende la donazione un contratto che si conclude con il momento del consenso, invece che con la *traditio rei*:

« ...ut non ex hoc inutilis sit donatio, quia res non traditae sunt, nec confirmentur ex traditione donatio, sed libertatem plenam et secundum legem nostram perfectissimam constitutam necessarius traditionis effectus sequatur... » (23).

Il momento della tradizione della cosa rendeva perfetta la donazione, ove non fosse altrimenti intervenuto il negozio formale; la costituzione giuliana toglie ogni vigore a questi dati di legittimazione, rendendo la donazione un contratto eminentemente consensuale.

Il secondo caso, quello della *promissio dotis*, segue vicende affini. La donazione rimane valida anche se priva della formalità della *stipulatio* o del fatto concludente della *rei traditio*; la promessa di corrispondere la dote produce, a seguito dell'intervento normativo imperiale, effetti fra le parti in qualsiasi modo sia stata

autem hoc minime donator ut Institutiones de actionibus § item praetor et in dote ut infra de dotis promissione l. ad exactionem. Et in promissione nuda civitati facta, ut ff. de pollicitationibus l. pactum et in nautico foenore, ut ff. de nautico foenore l. periculi et in accessionem frumenti ut infra de usuris l. frumenti et in usuris civitati promissis ut ff. de usuris l. etiam. Item in salario advocati, ut infra de suffragiis lex prima. ». AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, loc. cit.

(23) L. *Si quis argentum* (C 8, 53, 35).

espressa ⁽²⁴⁾. In entrambe le ipotesi siamo dunque di fronte a istituti che, pur costituiti attraverso il negozio solenne, vengono considerati dal diritto romano classico in modo particolare quanto al regime degli effetti, che non vengono misurati esclusivamente a partire dalla struttura del contratto che ha dato loro origine.

L'evoluzione posteriore spezza il nesso tra disciplina costitutiva e regime degli effetti a tutto vantaggio del secondo termine, portando la dote e la donazione ad essere contratti autonomi; una caratteristica che le fonti romane esprimono affermando la superfluità del momento formale sulla disciplina complessiva del negozio. Tale carattere accomuna queste due ipotesi al terzo caso di patto che produce azione pur in assenza di un *vestmentum*. Un passo delle Istituzioni sancisce, difatti, l'obbligatorietà del *constitutum debiti* anche in assenza di una *stipulatio* ⁽²⁵⁾.

L'atteggiamento di Azone è nel trattare questi casi come eccezioni rispetto alla regola dell'azionabilità come virtù esclusiva dei patti vestiti. Oltre al *dictum* della *Summa* ne fa fede lo scarno commento dedicato al problema dalla *Lectura Codicis* ⁽²⁶⁾ e, più in radice, l'analisi che troviamo nell'apparato al titolo *de dotis promissione*:

« Si vero pollicitatio vel nudum pactum intercessit de iure communi nulla datur actio ut supra locati. si tibi que, scilicet in dote speciali privilegio est aliud ut infra eodem l. ad exactionem sicut et alia spetialia multa sunt in ea » ⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ « Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus: sive scripta fuerint, sive non, etiam si stipulatio in pollicitationem rerum dotalium minime fuerit subsecuta. » (*L. Ad exactionem dotis, C. de dotis promissione et nuda pollicitatione*).

⁽²⁵⁾ *Institutiones Iustiniani, tit. de actionibus § de constituta*: « De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin, si stipulanti promiserint, iure civili tenentur ».

⁽²⁶⁾ AZONE, *Lectura Codicis, de pactis*, cit. n. 64: « non ergo nascitur ex pacto nudo actio. fallit tamen in casibus, ut in pollicitatione dotis, infra de dot. pollic. ad exactionem. fallit in accessione frumenti mutuati: ut infra de usufru, frumenti. fallit in pacto donationis: ut infra de donationibus si quis argentum. fallit etiam in constituta pecunia. instit. de actio. § de pecunia. Idem etiam in usuris civitati promissis, ut infra de usur. etiam. ».

⁽²⁷⁾ AZONE, *Summa Codicis, de dotis promissione et nuda pollicitatione*, p. 181.

Azone mette in contrapposizione due principi presenti nel *Codex* di Giustiniano: uno, tratto dalla disciplina della locazione, volto a negare l'azionabilità del patto nudo ⁽²⁸⁾; l'altro, relativo alla dote, che all'opposto afferma la sanzionabilità dell'accordo privo di un *vestmentum*. La dote resta, in questo confronto, l'eccezione e, anzi, un istituto pieno di eccezioni ⁽²⁹⁾.

2.2. *La breve storia dell'auxilium legis.*

La risposta della Glossa accursiana è estremamente diversa, in bilico tra il considerare queste ipotesi come *fallentiae* del principio *ex nuda pactio obligationem non parit* e l'opposta tensione a comprenderle sistematicamente nell'architettura dei *vestimenta* ⁽³⁰⁾. Il complesso apparato alla *l. Iurisgentium* ne fornisce un'ampia dimostrazione. A commento del paragrafo « *Sed cum nulla* », in cui il *dictum* ulpiano ribadisce il principio della non azionabilità del nudo patto ⁽³¹⁾, una glossa siglata da Accursio inizia prefigurando la via dell'eccezione:

⁽²⁸⁾ « Si tibi, quae pro colonis conducti praedii prorogasti, dominus fundi stipulanti dare spondidit: competens iudex reddi tibi iubebit. Nam si conventio placiti sine stetit, ex nudo pacto perspicis actionem iure nostro nasci non posse ». *L. Si tibi, C. de locato et conducto* (C 4, 65, 27).

⁽²⁹⁾ L'analisi di AZONE sulla specialità del regime dotale tende a sottolineare come esso sia indipendente dalla struttura del negozio formale che, in radice, dovrebbe presiederne la costituzione. Una normale stipulazione, difatti, con la quale Tizio si impegna verso Caio a corrispondergli una determinata prestazione abbisogna che quest'ultima sia certa e determinata. Si verifica su quest'aspetto la prima delle molte specialità della dote: « Et est unum in incertitudinem promissi. Nam et si ita dicat socer, promitto dote non adiecta specie vel quantitate, tenet promissio. aliter esset nulla promissio et nullum legatum... Aliud est in commisso arbitrio promittenti tenet nam promissio si promittat quis se daturum dotem arbitrio suo... ». La specialità della dote quanto all'indeterminatezza della prestazione conduce a conseguenze che sarebbero inaccettabili per altre fattispecie: « Tertium est privilegium in tacito pacto presumpto, nam si voluntate dotantis in instrumento dotali plura tibi tradita scripsisti quam susceperis praesumitur esse pactum consecutum de his petendis quae desunt... ».

⁽³⁰⁾ Basti qui citare, come esempio della prima tendenza, la GLOSSA « *stipulatio* » alla *l. Ad exactionem dotis, C. de iure dotium*, cit.: « Speciale ut ex nudo pacto oriatur actio, ut hic, et infra de donationibus l. si quis argentum sed regulariter contra, ut supra locati l. si tibi... ».

⁽³¹⁾ « Sed cum nulla subest causa praeter conventionem: hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. ». *L. Iurisgentium § sed cum nulla, ff. de pactis*, cit. (D. 2, 14, 7, 4).

« Sed haec regula quod pactum nudum non pariat actionem, fallit in casibus, qui in his legibus inveniuntur: ut C. de dotis promissione l. ad exactionem: et C. de donationibus l. si quis argentum § penult. et arg. instit. de actionibus § de constituta et infra de nautico foenore l. periculi et infra de usu. l. etiam et C. de usur. l. frumenti et infra de polli. l. pactum vel ibi non est pactum. » ⁽³²⁾.

I casi indicati, come è agevole notare, sono esattamente gli stessi di quelli presi in considerazione da Azone. Il medesimo testo, tuttavia, apre la strada ad un'altra interpretazione:

« ...his enim casibus ex nudo pacto nascitur actio: sed potest dici vestitum legis auxilio: ut supra eodem l. legitima, cum nudum pactum parere actionem tale sit, ac si prorsus sterilis mulier generaret, vel virgo pariat. » ⁽³³⁾.

Richiamando il disposto di un'altra *lex* dello stesso titolo *de pactis*, la *Glossa* crea un ulteriore *vestmentum* per il patto: l'*auxilium legis*.

Una modalità che non è senza precedenti, trovandosene un farraginoso accenno in Piacentino, ma che solo nell'opera accursiana svela un risvolto sistematico, per come un confronto tra i due apparati può indicarci. Osserviamo quello di Piacentino, tutto centrato sul riferimento ad una *lex*, diversa da quella indicata dalla *Glossa*, che accorda azione al patto con cui si sia concordata la restituzione della dote *adventicia*:

« Sed et lege dicta in re sua tradenda vestiuntur pacta ut C. eodem l. lege, non tamen omni lege: Ecce enim si creditor paciscatur ut pro decem mutuis sibi reddantur undecim, vel dentur usurae, nihil agit. sed et si data

⁽³²⁾ GLOSSA « *Igitur* » in l. *Iurisgentium* § *sed cum nulla*, cit. Il riferimento alla *pollicitatio*, che la glossa scarta subito dal novero delle ipotesi considerate, è la continuazione di uno spunto presente in AZONE. Questi, dopo aver dettato i sei *vestmenta* del patto, soggiunge: « ...potest etiam addi septimus modus quoddam mirabili intellectu scilicet rei principio, ut. ff. de pollicitationibus l. prima » (*Summa Codicis, de pactis*, cit. p. 24 col. 2). H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, cit. p. 279, sottolinea come la GLOSSA MAGNA ripudi sia questa ipotesi di *vestmentum* sia quella basata sul giuramento, che aveva fatto breve comparsa in taluni apparati precedenti.

⁽³³⁾ GLOSSA « *Igitur* », cit.

dote matrimonio copulato pater etiam incontinenti paciscatur simpliciter eam sibi reddi nihil agit, ut infra de iure dotium l. Avia et de pactis conventis l. quamvis. sed et si tibi ea, quae pro colonis conducti praedii prorogasti, dominus sine stipulatione promiserit conveniri non potuit, ut C. locati l. si tibi. sed et si fundo vendito simplici pacto exceperis ut in eum liceat inferre mortuum nihil agis ut ff. de relig. l. quod si. »⁽³⁴⁾.

Questo tipo di argomentazione è nel senso di riconoscere comunque un'azionabilità al patto per via della sola legittimazione data, in casi specifici, direttamente dalla *lex*. Un principio di cui Piacentino avverte soprattutto la capacità eversiva nei confronti del sistema, tale da porre più il problema della sua limitazione, che quello di estenderne al più alto livello possibile le conseguenze. Si spiega così il ricorso ad una serie di rinvii a testi romani che non si ritrovano in altri apparati, da quello — per altri versi classico — al divieto delle usure, sino a quello considerato dalla *l. Si tibi*, che abbiamo già avuto modo di citare⁽³⁵⁾.

La *Glossa* intraprende un percorso diverso e inconciliabile. Essa priva di ogni rilevanza il testo posto a cardine della speculazione piacentiniana, affermando che il caso da essa descritto non rappresenta un patto nudo:

« Convenit. et sic non est nudum pactum, sed rei interventu vestitum. »⁽³⁶⁾.

L'accordo che ha ad oggetto la restituzione della dote è un patto che aderisce ad un negozio precedente, che il testo romano presume fatto nelle forme più rituali possibili: in questi termini esso si comprende pienamente nell'alveo dei *vestimenta* e perciò stesso la *l. Legem* non può costituire base per la posizione del problema dei patti nudi che producono azione.

I tratti di questa scelta testuale ci indicano nettamente nell'agire della *Glossa* le caratteristiche di un'operazione prettamente sistema-

⁽³⁴⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de pactis*, p. 44.

⁽³⁵⁾ Questo atteggiamento interpretativo si nota facilmente nel richiamo alla *l. Avia tua, C. de iure dotium*.

⁽³⁶⁾ GLOSSA « *Convenit* » in *l. Legem C. de pactis*.

tica. Il fatto che una delle tante *leges romanae* conceda l'azionabilità ad un patto che non dovrebbe altrimenti averla non può essere ricondotto semplicemente allo schema della statuizione positiva. Se così fosse, il giurista non dovrebbe procedere ulteriormente nell'analisi, una volta che il testo antico e autorevole abbia disposto in tal senso. La glossa appena citata, al contrario, è lì per dimostrare come il giurista medievale senta l'imperativo di verificare l'effettiva insussistenza di un qualsiasi altro momento di qualificazione, prima di affermare l'azionabilità *ex lege*.

La necessità di tradurre questo tipo di azionabilità in termini di *vestmentum* nasce da questa esigenza metodologica. Essa sottende tutta l'operazione della *Glossa*, finalizzata a rendere omogeneo il ruolo della *lex* a quello degli altri momenti di qualificazione, per come ci dimostra uno spunto interessante, contenuto nella medesima glossa « *Igitur* »:

« ...sed dicatur nudum ab aliis vestimentis, quae habent pacta, ut iam dicam. sic et dici potest venditio nudum pactum ab aliis vestimentis praeterquam a consensu. » ⁽³⁷⁾.

Un altro modo per fondare l'azionabilità di queste ipotesi potrebbe, in astratto, essere quello di vedervi delle fattispecie vestite *consensu*. Ciò porterebbe alla tautologia del sistema, poiché in ogni patto è presente, per definizione, il consenso. Un'altra glossa, resa al medesimo testo romano, nega validità a questa impostazione:

« sed videtur quod nullum pactum sit nudum: cum quodlibet habeat in se consensum: unde vestiri consensu videtur...Responde. elegans et tenuis vestis est consensus, quae non datur nisi certis contractibus enumeratis: ut inst. de obligationibus ex consensu in prin. qui cum sint favorabiles et pingues et calidi, levi veste vestiuntur. » ⁽³⁸⁾.

Una metafora che avrà molta fortuna, e che è tutta basata sul valore tipologico del consenso come *vestmentum*, in grado di comprendere solo taluni contratti, non tutti. Laddove si riscontra

⁽³⁷⁾ GLOSSA « *Igitur* » in l. *Iurisgentium* § *sed cum nulla*, cit.

⁽³⁸⁾ GLOSSA « *Quinimo* » in l. *Iurisgentium* ff. *de pactis* § *quinimo interdum*.

l'azionabilità di un accordo, essa è comunque attribuibile ad una qualificazione ⁽³⁹⁾. Questa proviene o da un fatto come la prestazione della cosa o la pronuncia di particolari *verba* come pure, nei soli casi specifici, dalla diretta previsione della legge.

Via residuale, che il glossatore riduce all'interno della categoria dei *vestimenta*, più che elevarla a *ratio* ultima di tutto il sistema. Sfugge al giurista medievale ogni tentazione di ridurre il problema dell'azionabilità sulla cifra indistinta della legittimazione per rapporto alla legge, come ci prova il commento al testo romano che costituisce — nel rifiuto della visione piacentiniana — il fulcro dell'*interpretatio* su questo punto. Un testo generalissimo nella sua portata definitoria, che ben si sarebbe lasciato adoperare per l'enucleazione di un principio generale di qualificazione immediata e diretta con la statuizione positiva:

« Legitima conventio est, quae aliqua lege confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties lege vel senatusconsulto adiuvatur » ⁽⁴⁰⁾.

La glossa, assai complessa, rifiuta completamente questa strada, limitando l'applicabilità di tale *dictum* ai soli patti che la legge romana ha provvisto di sanzione ma non di *vestmentum*:

« et quod sequitur et ideo, et cetera, quasi dicat qui pacta nuda scilicet et vestita etiam fomentum, id est, auxilium per legem accipiunt. ex pacto, scilicet nudo, interdum actio nascitur. interdum, quia non semper: ut ecce nascitur, cum iuvatur lege: ut in contractu donationis. » ⁽⁴¹⁾.

Il passo è chiarissimo nel distinguere il rapporto intercorrente

⁽³⁹⁾ Anche laddove questa ricorra solo in casi eccezionali, essa viene pur sempre resa in termini di *vestmentum*. È il caso del giuramento, richiamato nella stessa glossa *Quinimo*: « Item secundum quosdam vestitur iureiurando, ut infra de operis liberorum l. ut iurisiurandi. ». Un'ipotesi che non ammette alcuna possibilità di estensione oltre la limitata ipotesi del liberto che giuri di prestare delle opere per il padrone manumittente, per come previsto dalla l. *Ut iurisiurandi*: « Et nota pactum vestiri iuramento, quod non est alias et oritur actio in factum... » (GLOSSA « *Sive post tempus* » in l. *Ut iurisiurandi ff. de operis libertorum*).

⁽⁴⁰⁾ L. *Legitima, ff. de pactis* (D. 2, 14, 6).

⁽⁴¹⁾ GLOSSA « *Legitima* » in l. *Legitima*, cit.

tra *lex* e *pactum* sotto due specie. Una prima *vis* della legge è quella che si realizza a carico di ogni patto, nudo o vestito che sia; la seconda *vis* si verifica solo quando il patto nudo produce azione. Solo in quest'ultimo caso la *lex* assume un ruolo specifico di qualificazione, solo qui essa ha per effetto diretto quello di immettere l'accordo fra privati nel novero delle fattispecie azionabili:

« In dote: ut C. de dotis promissione l. ad exactionem et C. de rei ux. act. l. unica circa prin. et in aliis idem ubi nuda pactio parit actionem: sive iure civili, sive praetorio: ut infra eodem l. si tibi § de pignore nam hic generalius procedit, quam huius legis prin. Sed quando ex nudo pacto datur actio, potest dici vestitum legis auxilio, et quod in fine dicitur, senatusconsulto iuvatur: scilicet ad eam dandam... »⁽⁴²⁾.

In questo modo, la *Glossa* costruisce una nuova categoria, l'*auxilium legis*, cui corrisponde un insieme assolutamente chiuso di fattispecie, razionalizzandole comunque all'interno dei *vestimenta*. Un tentativo che ci dà ragione dell'impossibilità della cultura giuridica medievale di ricostruire l'azionabilità dei *pacta* su una radice puramente potestativa⁽⁴³⁾. Edificare l'*auxilium legis* significa, in questi termini, confinare in un angolo del sistema il ruolo della legge come fattore positivo di legittimazione, sottolineando *a contrario* come l'ordinamento segua altre strade per ammettere un contratto alla piena sanzione.

Questa è il frutto immediato della comprensibilità di una fattispecie all'interno del sistema complessivo dei *vestimenta*, indotto ma non direttamente determinato dalla *lex romana* intesa come comando positivo. È per questo che la sottile trama dell'*auxilium legis*, creata per comprendere la forza di qualificazione direttamente promanante dalla norma, negandone al contempo ogni virtù eversiva della rigida tipicità romana, non godrà di molta fortuna presso gli apparati successivi:

« Nec approbo quod dixerunt quidam quod vestitur pactum legis

⁽⁴²⁾ GLOSSA « *Legitima* », cit.

⁽⁴³⁾ Il SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 218, vede invece nel *legis auxilium* una valvola di sfogo del sistema, potenzialmente abile a comprendere tutte le ipotesi contrattuali.

auxilio in omnibus casibus supra notatis, ut argumenta ff. eodem l. legitima, quia ibi dicit lex et cetera. sed non credo hoc esse verum: quia si in predictis casibus est speciale ergo in illis casibus non potest pactum vestiri legis auxilio: quia illud est speciale, cuius oppositum est ius commune... »⁽⁴⁴⁾.

Posto di fronte al problema, Odofredo lo risolve sulla distinzione fra *ius commune* e *ius speciale*, portando al loro esito definitivo gli spunti presenti nella costruzione della *Glossa Magna*. Le ipotesi di patto che producono azione pur nella loro *nuditas* rimangono confinate in un insieme tassativo, ma non costituiscono più il risultato di un *mirabilis intellectus legis*, come per Azone. La breve storia del *legis auxilium* si è così compiuta.

3. *I vestimenta come sede di analisi tipologica delle fattispecie.*

3.1. *Ius civile e ius gentium nel quadro dei vestimenta.*

L'analisi appena conclusa ci dimostra, al di là delle tecniche argomentative e definitorie adoperate dai diversi apparati, di come i glossatori non guardassero ai *vestimenta* come a momenti di legittimazione positiva. Tanto coloro i quali considerano i patti nudi dotati tuttavia dell'azionabilità come eccezioni alla regola, tanto la *Glossa*, unica voce che li comprende in un nuovo *vestmentum*, non estendono di un millimetro l'area complessiva delle fattispecie dotate di piena sanzione.

Questo aspetto ci induce a considerare come il tema del rapporto tra patto e *lex* sia, presso i glossatori che aderiscono pienamente al sistema dei *vestimenta*, dotato di una sostanza assai particolare. Una prospettiva che ci viene indicata dalla stessa glossa « *Legitima* », punto focale della riflessione sull'*auxilium legis*.

La glossa, difatti, sviluppa il tema dei patti qualificati dalla *lex* come derivazione di un più ampio problema:

« *Legitima*. id est de iure civili: ut contractus emphyteuticus, ut instit.

⁽⁴⁴⁾ ODOFREDO, in l. *Legem C. de pactis*, p. 62 r. col 1. Sulla critica di ODOFREDO alle posizioni della GLOSSA MAGNA cfr. H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, cit., p. 280.

loc.et condu. § adeo. et literarum obligatio: ut institu. de lite. oblig. in princ. et verborum: ut institu. de act. § de constituta. Dictae enim conventiones supradictis legibus confirmantur, ut sponsal. largitas... » ⁽⁴⁵⁾.

Il rapporto tra *lex* e regolamento volontario di interessi privati, indotto dal testo romano (« *Legitima conventio est, quae aliqua lege confirmatur* »), viene sviluppato in modo da dar vita a due categorie, poste fra loro in un rapporto di graduazione. L'*auxilium legis*, che abbiamo già esaminato, costituisce la seconda fra queste, nella quale il giurista medievale colloca quei casi in cui l'apporto dato dalla *lex* consiste nel far nascere un'azione che non dovrebbe altrimenti sorgere. La prima, delineata nel passo sopra riportato, descrive quelle fattispecie che, pienamente riconducibili all'architettura dei *vestimenta*, derivano la propria azionabilità dall'essere *legibus confirmatae*.

Due classi rigidamente separate dal punto di vista del glossatore. L'*auxilium legis* descrive la realtà di quelle ipotesi che producono azione fuori dal sistema originario dei *vestimenta*; di fronte a queste morfologie, l'unica soluzione del glossatore è quella di ricondurne l'efficacia direttamente al disposto della *lex*, salvo il tentativo di razionalizzare *ex post* questa relazione all'interno dell'architettura complessiva. La *confirmatio a lege* è, al contrario, una qualità posseduta da fattispecie che, come la *verborum* o la *literarum obligatio*, sono qualificate da un *vestmentum*, la cui natura si ricollega funzionalmente alla *lex*. Anche i negozi di questo tipo costituiscono una classe chiusa, e vengono gratificati del significativo termine di contratti *iuris civilis*.

È appena il caso di ricordare come la distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* sia quanto mai usuale al diritto romano e di come essa venga riportata dal compilatore giustiniano fin dai primi titoli dei *Digesta*. In particolare in D.1, 1, 5, conosciuta dai glossatori come *l. Ex hoc iure gentium*. Essa indica tutti gli istituti derivanti dallo *ius gentium*, ponendo in questo insieme tutte le obbligazioni, tranne appunto le poche che « *a iure civili introductae sunt* ». Puntualmente la glossa indica qui l'insieme tassativo descritto

⁽⁴⁵⁾ GLOSSA « *Legitima* » in *l. Legitima*, cit.

nel commento alla l. *Legitima*: l'obbligazione letterale, ossia il prodotto del *pactum literis vestitum*, l'obbligazione verbale, frutto del *vestimentum verbis* e due figure più circoscritte, l'enfiteusi e la *sponsalitia largitas* ⁽⁴⁶⁾.

La storiografia ha riconnesso numerosi significati alla distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* come adoperata dai *doctores* del diritto comune nella loro dottrina sui *pacta*. In particolare, essa è servita per rileggere la vicenda dei modelli contrattuali postulando nei glossatori una concezione esatta e assunta a priori dell'ordinamento giuridico, chiamata a riflettersi nelle caratteristiche strutturali della fattispecie. Tale ipotesi costituisce difatti il momento di legittimazione della posizione tradizionale, volta a configurare la ricostruzione medievale del contratto nei termini di un nucleo *naturale* di consenso, cui far aderire di volta in volta il momento *civile* di legittimazione.

Una concezione complessiva che ben si rappresenta nell'immagine dell'ordinamento di diritto comune come fatto da « cerchi concentrici », nella quale il diritto naturale — il nucleo del sistema — fornisce legittimazione ai sistemi giuridici esterni, dei quali non si manca di sottolineare la positività. Il loro compito risiede nell'assicurare una tutela ai precetti disposti dallo *ius naturae*, il quale, a sua volta, è destinato a privare di legittimità quelle pretese che, astrattamente fondate sullo *ius civile*, non trovino nel primo quel fondamento e ideale di giustizia che costituisce fine ultimo della *scientia iuris*. L'organicità tra visione dell'ordinamento e ricostruzione della struttura contrattuale costituisce dunque il presupposto imprescindibile di questa lettura delle fonti; un'analisi delle dottrine dei glossatori sulle fattispecie *iuris civilis* può tuttavia porla in dubbio.

Il problema che si pone all'interprete odierno consiste, difatti, nella scelta della prospettiva più idonea per la comprensione di queste fonti. Se rimaniamo sul terreno proprio di D. 1, 1, 5, troviamo degli spunti dottrinali che, se apprezzati come tentativo del glossa-

(46) « ...ut verborum obligatio, ut inst. de actionibus § de constituta. Item literarum obligatio: ut insti. de literarum obli. Item contractus emphyteuticus: ut instit. loca. et condu. § adeo. Item contractus sponsalitia largitatis: ut in authen. de sponsa. largita. in princi. colla. nona ». GLOSSA « *Quibusdam* » in l. *Ex hoc iure gentium ff. de iustitia et iure*.

tore di ragionare secondo categorie generali ortogonicamente desunte dal testo romano, si rivelano immancabilmente farraginosi:

« Obligationes. sed actiones sunt a iure civili... Item quaero de qua obligatione dicit hic, quod est de iuregentium, cum duae tantum sint obligationes, scilicet civilis et naturalis: de civili non. Item de naturali non videtur, sed dic de naturali, quia obligatio iurisgentium dicitur naturalis et e converso... » (47).

Da un punto di vista prettamente romanistico, l'identificazione di *ius naturae* e *ius gentium* è, ovviamente, indebita e artificiosa. Considerando il pensiero del giurista medievale come estrinsecazione di una visione dell'ordinamento complessivo, individuata pregiudizialmente rispetto ai punti tecnici specifici, non possiamo che vedervi un grosso fraintendimento del testo romano, foriero di conseguenze ancora più devastanti. Così, difatti, prosegue la glossa citata:

« Quomodo ergo servus obligatur de iuregentium, cum iure nullus sit? Responde imo iure civilis est nullus, et eo iure non obligatur: sed iuregentium est aliquis, vel aliud est naturale quod ad animalia omnia, aliud quod ad omnes homines, etiam servos et hoc etiam potest dici gentium, quod in idem recidit. Cum ergo dico obligationem naturalem, non intelligo de iure naturali omnium animantium: quia alia animalia non obligantur... » (48).

Una conclusione che appare certo singolare se la intendiamo come scelta del giurista di attribuire al servo una generale capacità di agire limitata al piano del diritto naturale, corrispondente alla volontà dell'interprete di ricercare nelle dottrine dei glossatori una concezione organica dell'ordinamento, dalla quale desumere una graduazione degli stati di capacità soggettiva e, finalmente, un regime giuridico degli atti percepibile in un'ottica unitaria (49).

(47) GLOSSA « Obligationes » in *l. Ex hoc iuregentium ff. de iustitia et iure*.

(48) GLOSSA « Obligationes », cit.

(49) Il breve titolo *De literarum obligationibus* delle Istituzioni (I. 3, 22) ha una struttura assai simile a quella dei testi che sono stati esaminati precedentemente con riguardo alle fattispecie vestite *legis auxilio*. Anche qui, difatti, il compilatore segnala il *novum ius*, l'innovazione del potere imperiale sul tessuto delle decisioni precedenti: « Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecunia minime

Se tuttavia si rinuncia a questa precontestualizzazione, la potenzialità del servo a porre in essere atti giuridici sul solo piano dello *ius naturae* si inquadra facilmente all'interno delle costanti direttive proprie del giurista medievale. Come abbiamo già visto analizzando il tema dei vizi che possono affliggere il *pactum*, il fine dei *doctores* non è quello di delineare regimi astratti di legittimazione soggettiva, bensì quello di misurare il grado di efficacia e sanzionabilità dell'accordo.

Non sul piano dell'ordinamento, ma su quello proprio dell'analisi degli istituti si combatte la battaglia definitoria del giurista medievale. In quest'ottica, i quesiti posti all'interprete dalla glossa « *Obligationes* » — l'equivalenza fra *ius naturae* e *ius gentium*; la differenza tra questi sistemi e lo *ius civile* — può trovare una risposta consona al modo di procedere del giurista di diritto comune, abituato a considerare le categorizzazioni generali del diritto romano come concetti da ricostruire partendo dallo studio delle singole fattispecie, piuttosto che come principi alla luce dei quali interpretare le proprie fonti. L'analisi delle categorie dei contratti *iuris civilis* ci indica chiaramente questa realtà, nel momento in cui ospita quattro fattispecie assai diverse fra loro, la cui appartenenza alla medesima classe viene ricostruita in modi diversi.

3.2. *La confirmatio a lege nella sua veste ordinaria: le legitimae conventiones.*

Consideriamo innanzitutto l'*obligatio literis*. Il fulcro dell'*interpretatio* dei glossatori su questo problema è dato dal titolo omonimo delle Istituzioni di Giustiniano. Un testo completamente centrato su un solo punto: il termine oltre il quale non è più esperibile, avverso una pretesa fondata su un titolo versato *in scriptis*, l'*exceptio non numeratae pecuniae*. La ricostruzione della *Glossa* parte da questa configurazione del testo per affermare un duplice livello di obbligatorietà del contratto letterale. Il primo si riferisce al momento in cui

numerata, post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. [...] Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari: per constitutionem nostram, tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur ».

l'obbligazione viene contratta *in scriptis*; il secondo corrisponde al momento successivo allo scadere del termine per la proposizione dell'*exceptio non numerate pecuniae*:

« Dum quaerimoniam proponere non potest de exceptione non numeratae pecuniae, quia ex quo cucurrit tempus, obligabitur per scripturam ad dandam pecuniam non numeratam. » ⁽⁵⁰⁾.

L'obbligazione letterale viene pertanto tradotta in una fattispecie complessa, fatta non solo della conclusione del contratto, ma anche dell'elemento dato dal decorso del tempo. La *Glossa* riporta tale complessità su due livelli obbligatori:

« Obligetur. scilicet civiliter et naturaliter post biennium, quasi biennium pariat naturalem obligationem, nam ante erat civilis tantum, non naturalis, cum mihi numeratum fuerat. Item si civilis non esset, frustra diceretur habere locum exceptio » ⁽⁵¹⁾.

Si verifica un fenomeno sostanzialmente identico a quello che abbiamo già potuto riscontrare parlando del *pactum de non petendo*: l'unitarietà del vincolo obbligatorio si diffrange su due spettri separati. Responsabile di ciò è l'astrattezza della *literarum obligatio* romana, la sua indipendenza genetica e funzionale rispetto al rapporto sottostante.

Il caso del *chirographum* rimarrà presso tutto il diritto comune come il maggior esempio di diffrazione costitutiva tra *obligatio civilis* e *naturalis*. Fattispecie, questa, da citarsi fra pochi altri esempi: la distinzione tra profilo naturale e civile, difatti, non diverrà mai funzionale al metodo d'analisi dei glossatori. Al contrario, il giurista medievale la segnerà soltanto come momento peculiare di talune situazioni:

« Distingue triplex indebitum. Primo naturaliter et civiliter, ut quando nullo modo debes. Item quando debes sub conditione... Secundo quando

⁽⁵⁰⁾ GLOSSA « *Dum quaeri non* » in *Institutiones Iustiniani, ad tit. de literarum obligationibus*.

⁽⁵¹⁾ GLOSSA « *Obligetur* » in *Institutiones Iustiniani, ad tit. de literarum obligationibus*.

est naturaliter indebitum, sed debitum civiliter, ut patet in chirographo ante biennium »⁽⁵²⁾.

La situazione di indebito serve per apprezzare casi determinati. Banale individuarla sia sul piano naturale che sul piano civile nel caso di chi non abbia contratto alcuna obbligazione; più significativa, ai nostri fini, l'ipotesi di chi abbia contratto un vincolo posto sotto una condizione sospensiva non ancora verificatasi. In questo caso, difatti, il momento genetico dell'*obligatio* si è perfettamente concluso, ma è destinato ad esplicare i suoi effetti se e quando la condizione si verificherà. Il vincolo obbligatorio, pertanto, non esiste prima del verificarsi della condizione e non è in ogni caso azionabile preventivamente, restando quanto mai lontano dalla *mens* dei glossatori ragionare in termini di aspettativa.

Diverso il caso della fattispecie letterale e astratta, nel quale, concluso il contratto, immediatamente sorge un vincolo obbligatorio pienamente ma non perfettamente azionabile, stante la sussistenza di un'*exceptio* tipicamente isolata per ricondurre in giudizio la realtà del rapporto sottostante.

La seconda fattispecie considerata nella classe dei contratti *iuris civilis*, l'obbligazione verbale, partecipa di questa medesima struttura. Non a caso, difatti, essa viene ricompresa in questa classe dalla *Glossa* richiamando dalle Istituzioni la disciplina del *constitutum debiti*⁽⁵³⁾. Un istituto — già esaminato parzialmente *supra* — cui il testo in questione riconosce tutela anche se contratto a mezzo di un patto nudo, privo di quelle *sollemnitates* altrimenti proprie della *stipulatio*.

Il passo delle Istituzioni conclude, al riguardo, che ove intervenga il negozio solenne, lo stipulante è tenuto *iure civili*. Il confronto fra patto nudo di costituzione del debito e *stipulatio* pone in evidenza come, in quest'ultima, le solennità verbali tengano il medesimo luogo della *scriptura* nel chirografo per fondare un vincolo

⁽⁵²⁾ GLOSSA « *Nunc videndum* » in *l. Nunc videndum ff. de conditione indebiti*.

⁽⁵³⁾ Sia la GLOSSA « *Legitima* » in *l. Legitima ff. de pactis*, che la GLOSSA « *Quibusdam* » in *l. Ex hoc iuregentium ff. de iustitia et iure* esauriscono nell'indicazione al paragrafo *de constituta*, in *Institutiones Iustiniani, tit. de verborum obligationibus*, ogni riferimento testuale a questo problema.

obbligatorio valido e sanzionabile a prescindere dal rapporto sottostante che vi dà causa. In egual misura che nell'*obligatio literis*, coloro i quali contraggono per mezzo dei *verba* stringono un vincolo immediatamente efficace e azionabile ad una determinata prestazione che prescinde dal titolo sottostante. L'unico fattore che può riportare questo alla luce è, ancora una volta, l'*exceptio non numeratae pecuniae*.

La realtà strutturale partecipata tanto all'obbligazione letterale quanto a quella verbale ci palesa quale sia il ruolo assunto dalla *lex*: conferire una tutela immediata ad un vincolo che è tuttavia passibile di essere posto nel nulla se valutato sotto un altro profilo di giuridicità⁽⁵⁴⁾. In ciò consiste il nucleo strutturale della *confirmatio a lege*, carattere sulla base del quale una determinata fattispecie viene inserita nella classe dei contratti *iuris civilis*.

È agevole notare come il giurista medievale ricostruisca queste fattispecie, ai fini delle loro sussumibilità all'interno della classe dei contratti di *ius civile*, a partire dalla struttura di tutela tributata loro dal testo romano. Sia la *verborum* che la *literarum obligatio*, difatti, sono provviste della *condictio certi*; un carattere che avvicina queste ipotesi a quelle, sopra esaminate, derivanti dai patti vestiti *legis auxilio*, tutelate parimenti da un'azione della medesima specie, la *condictio ex lege*. Una non facile glossa al passo delle Istituzioni concernente il *constitutum* pone una stretta relazione di necessità tra questo tipo di tutela e la natura *iuris civilis* della *stipulatio*:

« *Iure civili*. Vel actione ex stipulatu, ubi certum est in stipulatione: vel conditione certi, quam ex stipulatione oritur, ubi est certum, ...quia stipulatio est a iure civili inducta, ut hic: cum de iure gentium ipsa non fuerit: licet alii contractus fuerint de iure gentium. »⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ È appena il caso di chiarire le differenze tra questa impostazione e quella che presiede la relazione « concentrica » fra ordinamenti e i suoi riflessi sulla realtà dei *pacta*. L'approccio tradizionale rende il contrasto tra *ius civile* e *ius naturale* in termini di confronto tra sistemi normativi, dal quale risulterà sempre una e una sola soluzione a tutti i casi concreti della stessa specie, in una relazione di pura necessità. L'impostazione qui seguita, invece, valuta il confronto tra queste due categorizzazioni a partire dal basso, dalla realtà della tutela, in una relazione di eventualità.

⁽⁵⁵⁾ GLOSSA « *Iure civili* » in *Institutiones Iustiniani, de actionibus § de constituta*.

La distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* inizia pertanto a delinearsi nei termini di un'analisi tipologica, finalizzata alla classificazione delle fattispecie partendo dalle loro caratteristiche intrinseche. Le fattispecie del primo genere sono tali in virtù di una struttura di tutela che porta alla cognizione del giudice una situazione giuridica unidirezionale e tendenzialmente astratta dal titolo. Così, difatti, prosegue la stessa glossa « *Iure civili* »:

« Non autem dicitur ideo de iure civili, quia non habeat in se vinculum naturale: imo habet, quia sine consensu non valet, quod consensus est de iure naturali... » ⁽⁵⁶⁾.

Ribadendo la presenza del consenso anche in queste fattispecie, la glossa evidenzia l'essenza problematica di tali modelli, nei quali il *vinculum naturale*, identificato nel consenso, non riesce a rappresentare il pieno contenuto obbligatorio del contratto.

3.3. *La confirmatio a lege come via per la comprensione dello ius novum. Enfiteusi e sponsalitia largitas.*

Questo schema viene esteso alle altre due fattispecie *iuris civilis*, più circoscritte nel loro contenuto normativo. L'enfiteusi non è, per i glossatori, un contratto qualsiasi. Viva emergenza della prassi, il contratto *ad meliorandum* si trova nel *Corpus Iuris* come il prodotto della *lex Zenonis*, statuizione positiva intervenuta per troncane le dispute sorte presso i giuristi antichi. Contratto ibrido, assimilato da taluni alla *locatio*, in virtù dell'elemento dato dall'obbligo di corrispondere un canone, da altri all'*emptio*, sulla base dello *ius in re* che tipicamente produce, l'enfiteusi riceve dal pronunciamento imperiale una propria autonomia concettuale.

La *lex* in questione, difatti, stabilisce nell'enfiteusi un proprio carattere autonomo, che non può essere derivato né dal tessuto della *locatio* né da quello dell'*emptio*, ma desunto dalla struttura dell'accordo dal quale trae origine:

« ...lex Zenoniana lata est, quae emphyteusos contractus propriam

⁽⁵⁶⁾ GLOSSA « *Iure civili* », cit.

statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionis fulciendam. »⁽⁵⁷⁾.

Se tuttavia l'intervento imperiale determina l'autonomia di questa fattispecie, pure non ne esplicita la tutela. La *Glossa* trova immediatamente una prima risposta:

« Agitur ergo condictione ex lege ad omnia observanda, quae conveniunt »⁽⁵⁸⁾.

Dal punto di vista del giurista medievale, l'enfiteusi si palesa come fattispecie creata dalla legge romana; in piena continuità con la dottrina dell'*auxilium legis* essa viene sanzionata mediante la *condictio ex lege*. Una soluzione che, stante l'unilateralità di questa azione, concepita per richiedere in giudizio una prestazione determinata ad un determinato soggetto, imporrebbe la costruzione di un complesso organico di *condictiones*, ciascuna volta a sanzionare un singolo lato della fattispecie totale. Un espediente che mostra subito i suoi limiti, nell'incapacità di assicurare adeguata protezione agli spazi di realtà di questo regolamento contrattuale:

« Sed nunquid emphyteuta potest alii dare in emphyteusim? Responde sic... item numquid illud utilem dominium, quod solum habet, transfert in eum? Responde sic, cum rei vindicatio utilis sibi detur... Sed qualiter eget primus emphyteuta contra secundum, ut eum expellatur? Responde, rei vindicatione, quae licet de iure sibi non competat, exceptio tamen opponi non potest: quia replicaretur et sic non dominus dominum vincit... »⁽⁵⁹⁾.

La *rei vindicatio utilis* viene così chiamata a guardia del frutto principe dell'enfiteusi, impossibile a porsi come oggetto della *condictio*, rimedio eminentemente obbligatorio. Quest'ultima, che in radice dovrebbe costituire azione principale ed esclusiva, rimane a tutela soltanto di una sorta di effetto recessivo nella vita del negozio, quale l'obbligo al pagamento del canone:

⁽⁵⁷⁾ *Institutiones Iustiniani, de locationibus et conductionibus § adeo autem.*

⁽⁵⁸⁾ GLOSSA « *Propriam* » in *Institutiones Iustiniani, de locationibus et conductionibus § adeo autem.*

⁽⁵⁹⁾ GLOSSA « *Propriam* », cit.

« Vel verius aget praescriptis verbis, vel dic ex lege Zenonis ad mercedem »⁽⁶⁰⁾.

Un inciso estremamente significativo delle esigenze del giurista. Se il problema dei glossatori consistesse nel ricostruire il più fedelmente possibile al testo romano la struttura della fattispecie, il rimedio più consono dovrebbe essere l'*actio praescriptis verbis*. Tale soluzione, tuttavia, presupporrebbe la pariteticità nell'economia del negozio fra la prestazione di cui è gravato il concedente e quella che, invece, onera l'enfiteuta. Soltanto così, difatti, l'*enphyteusis* potrebbe essere ricostruita come contratto *do ut des*, vestito dall'*interventus rei*; così, è appena il caso di notare, non è. Di fronte alla viva realtà del contratto *ad meliorandum*, allo squilibrio sostanziale fra gli oneri imposti alle due parti, il giurista esclude ogni carattere di sinallagma genetico e funzionale tra le due prestazioni, non potendo far altro ricorso che alla *condictio* per provvedere di tutela l'obbligo al pagamento del canone.

Le vicende qualificatorie dell'enfiteusi ci dimostrano definitivamente di come il giurista medievale costruisca la distinzione fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* come tipologia delle fattispecie, determinando l'ampiezza e la continenza di queste classi dal basso, dalle caratteristiche delle singole fattispecie. Nessuna affinità lega lo *ius civile* dei romani, fatto per comprendere tutte quelle attività limitate ai *cives* e interdette ai *peregrini*, e lo *ius civile* dei glossatori. La prima concezione discendeva da un'organica visione dell'ordinamento, fatto sì di « cerchi concentrici » che, anelli di crescita di un albero secolare, erano chiamati a svelarne la storia profonda.

La categoria dei glossatori sfrutta un nome antico, parte dall'imprescindibilità semantica di un tale concetto per riempirlo di significati autonomamente desunti dal terreno dei singoli istituti, con il fine di organizzarli sistematicamente, più che tracciare le linee-guida dell'ordinamento superiore. L'enfiteusi ce ne offre piena dimostrazione, se confrontiamo la sua struttura con quella dell'*obligatio literis* o dell'*obligatio verbis*. Nel caso di queste fattispecie, come abbiamo visto, troviamo l'insorgere di un vincolo obbligatorio

(60) GLOSSA « *Propriam* », cit.

che, per essere astratto dal suo titolo, non recepisce altro fondamento che la *lex*.

Non così nel caso dell'enfiteusi, contratto che viene descritto dal testo romano nel suo contenuto obbligatorio, per il quale la qualifica di contratto *iuris civilis* deriva esclusivamente dalla tutela basata sulla *condictio*, elemento che viene individuato a partire dalla struttura del negozio. Il giurista non parte quindi da un modello di *ius civile* per derivarne le caratteristiche del contratto, ma effettua il percorso inverso, riportando nell'una o nell'altra categoria una data fattispecie in virtù delle sue peculiarità di regolamento degli interessi delle parti.

I tratti dell'operazione condotta dai glossatori ci si palesano: una volta ricostruita sulla scorta della *stipulatio* e del *chirographum* una propria nozione di contratto *iuris civilis*, basata sulle caratteristiche di unilateralità e astrattezza delle obbligazioni tipicamente risultanti da questi modelli, il giurista la estende a fattispecie diverse che, come l'enfiteusi, non sono astratte per diritto romano, ma che pure danno luogo ad un quadro di obblighi sbilanciato, tale da non potersi tutelare altro che con una panoplia di azioni fra loro necessariamente non correlabili. All'esponente, vero criterio della classificazione, sta la *condictio*, intesa come azione personale il cui esercizio prescinde dalla cognizione del titolo che presiedette il sorgere del vincolo obbligatorio che si deduce in giudizio ⁽⁶¹⁾.

È dunque sul piano della struttura di tutela che il glossatore conduce questa prima classificazione tipologica. La *condictio* lega unitariamente tutte le ipotesi in cui la *lex* abbia un ruolo preponderante nella qualificazione dell'agire dei privati, tanto nelle ipotesi di patto eccezionalmente vestito *legis auxilium*, tanto nelle fattispecie che producono ordinariamente azione, per essere *legibus confirmatae*. In entrambi i casi l'azionabilità deriva da uno schema di qualificazione che il giurista medievale centra sul termine dato dalla *lex*. La distinzione tra queste due figure viene costruita sotto un profilo diverso: l'autonomia del regolamento contrattuale.

Lo dimostra l'analisi della quarta e ultima fattispecie *iuris civilis*: la *sponsalitia largitas*. L'*Authenticum* la qualifica come un contrat-

⁽⁶¹⁾ In modo diretto nell'*obligatio literis* e nell'*obligatio verbis*; in modo derivato, stante la non correlabilità funzionale tra concessione di terra e corresponsione della mercede, nel caso dell'enfiteusi.

to speciale, non assimilabile alle altre donazioni, poiché trae causa dall'essere offerta *pro aequalitate dotis* ⁽⁶²⁾. Così la *Glossa*:

« Sponsalitia largitas dicitur hic improprie, id est donatio propter nuptias, proprie nam diceretur quod donaret sponsus sponsae. Sed haec fit ad recompensationem dotis, ut hic subiicit, ...cum ergo hoc fit, dicitur specialis contractus... hoc est per se contractus. » ⁽⁶³⁾.

Siglata da Accursio, la glossa chiarisce che ci troviamo dinanzi ad una specie della *donatio propter nuptias*, che riceve una liceità altrimenti esclusa dall'elemento della *recompensatio dotis*. Questa struttura vale a riportare il caso della *sponsalitia largitas* non già nell'imperio dell'*auxilium legis*, ma in quello della *confirmatio*. Intervenendo necessariamente prima del matrimonio, la *sponsalitia largitas* non si pone, al pari della dote, in un vincolo di accessorietà rispetto a questo: essa è dunque una fattispecie compiuta in sé, meritevole della tutela autonoma offerta dalla *confirmatio*.

4. *I contratti iurisgentium ed il ruolo definitorio del nomen.*

4.1. *La definizione dello ius gentium.*

L'ottica tipologica seguita dal glossatore nella costruzione della categoria dei contratti *iuris civilis* ci viene ulteriormente confermata se poniamo mente alla opposta classe dei modelli *iuris gentium*. Anch'essa non riceve dai glossatori una definizione autonoma. Tutta l'analisi sullo *ius civile*, come abbiamo visto, non si esercita nell'isolare i termini definitivi di un sistema normativo, giudicato in astratto; il commento del giurista medievale consiste sempre nell'esemplificazione di quella serie di contratti nei quali si esaurisce l'ampiezza della categoria ⁽⁶⁴⁾. In egual misura, lo *ius gentium*, nella

⁽⁶²⁾ *Collatio nona, tit. Ut sponsalitia largitas specialis sit contractus et de diversis capitulis*: « Sponsalitiam largitatem contractum specialem esse et iudicari, et non aliis donationibus eam connumerari... ».

⁽⁶³⁾ GLOSSA « *Sponsalitiam largitatem* » in *tit. Ut sponsalitia largitas, cit., Collatio nona*.

⁽⁶⁴⁾ Si confronti la varia messe di tentativi per una definizione dello *ius civile* contenuti nella glossa al titolo *De iure naturali, gentium et civili* delle Istituzioni di

sua relazione qualificativa dei modelli contrattuali non viene fatto oggetto di un'attenzione definitoria volta a percepirne la sostanza di sistema normativo.

I pochi accenni ad una lettura di questo concetto in termini di ordinamento appaiono confusi e non immediatamente correlabili ad una determinata concezione del contratto:

«...et quod dicit naturalis, dic id est, naturali ingenio vel industria hominum introducta: quod est iuris gentium et sic ponitur ius naturale...proprie autem non significatur, nisi ea aequitas, quae communis est omnium animantium...»⁽⁶⁵⁾.

Uno spunto non dissimile da altri, che abbiamo già avuto modo di esaminare, parimenti fuorviante se lo si interpretasse alla luce di un'indimostrata tensione del giurista medievale verso una riflessione avente ad oggetto il vertice dell'ordinamento, piuttosto che la razionalizzazione dei suoi fenomeni concreti. I dati testuali maggiormente rilevanti ai nostri fini non risiedono, alla luce delle caratteristiche del metodo dei glossatori, in questi o altri accenni⁽⁶⁶⁾, ma nella stessa strutturazione del testo commentato.

Giustiniano: « Ius civile. Ut sunt statuta terrarum: quae iura municipalia dicuntur ut Codex de emancipandis liberis lex prima et sic dicitur ad differentiam iuris naturalis id est iuris gentium et ita accipitur hic. Secundo modo dicitur ius civile lex duodecim tabularum, ut ff. de iustitia et iure lex ius civile § hoc igitur. Tertio dicitur ius civile omne ius quod non est praetorium, et sic accipitur ff. de iustitia et iure lex ius autem civilem in principio et § ius praetorium. Quarto dicitur disputatio prudentum, quae fuit facta super leges duodecim tabularum... ». L'elenco continua alluvionalmente, aggiungendo ulteriori definizioni di *ius civile*, fatte per comprendere ulteriori sfumature di significato ritrovate in testi romani sparsi nei più vari titoli del *Corpus Iuris*. Una circostanza che ci testimonia del fecondo difetto del metodo dei glossatori: l'impossibilità di percepire la dimensione storica dei concetti che essi si trovano a dover adoperare.

⁽⁶⁵⁾ GLOSSA « *Huius edicti* » in *l. Huius edicti ff. de pactis*.

⁽⁶⁶⁾ « Id est, naturaliter iure gentium. Obligatur quis civiliter et naturaliter in omnibus fere contractibus...Naturaliter autem quis tenetur de iure gentium nudo pacto...At civiliter tantum per scripturam... ». GLOSSA « *is natura* » in *l. Cum amplius ff. de regulis iuris*. Un esempio fra i tanti in cui i risultati ormai acquisiti dell'analisi strutturale delle fattispecie negoziali vengono riproposti come ipotesi dimostrative di una separazione fra sistemi normativi che, pieni di viva razionalità giuridica dal punto di vista dell'esperienza romana, non ne palesano altrettanta dal punto di vista del giurista medievale.

Le dottrine sui punti che qui ci interessano si esercitano, difatti, a partire da tre passi del titolo *de pactis*. Il primo è la *l. Conventio-num autem tres*, che pone le principali distinzioni della materia dei *pacta* ⁽⁶⁷⁾, fra cui quella tra *conventiones legitimae* e *iurisgentium*. La prima classe fornisce oggetto alla successiva *l. Legitima*, che abbiamo già esaminato; la seconda viene trattata dalla *l. Iurisgentium*, che segue immediatamente questa, e che rappresenta il luogo principale per la trattazione dei *vestimenta*.

L'evoluzione dottrinale dell'architettura dei *vestimenta* si identifica con la storia dell'interpretazione di questo particolarissimo nucleo testuale, sempre trattato come un insieme organico. Gli apparati di Rogerio e di Piacentino, pur formalmente dedicati all'analisi del *Codex Iustiniani* e non dei *Digesta*, fanno fede di come il giurista si serva della struttura di *distinctiones* rappresentata in questi testi per esporre la propria dottrina dei *pacta*. Un atto creativo di cui abbiamo già messo in luce la mancanza di autonomia: il giurista medievale non sarà mai libero di tralasciare quei concetti, fra quelli consegnatigli dal testo romano, di cui senta l'inutilità per la costruzione della propria architettura sistematica. L'unica operazione che gli è consentita, sulla base del suo statuto disciplinare, è quella di prendere comunque in considerazione le nozioni fornite dal testo romano, anche se col solo scopo di privare di un vero significato quelle che non destano il suo interesse. Il testo romano consegna al medioevo del diritto una gamma finita di toni: l'apporto specifico dei glossatori è nel valorizzare l'uno piuttosto che l'altro, alla ricerca della propria sistematizzazione di un materiale che essi non possono individuare autonomamente.

Questo atteggiamento interpretativo riesce di utile guida nella ricostruzione delle vicende cui va incontro la distinzione fra contratti *iuris civilis* e contratti *iuris gentium*. Una classificazione che, significativamente, non troviamo nel semplice apparato della *Summa Trecensis*, organizzato sull'unica cifra del *nomen speciale*. Essa com-

(67) « Conventionum autem tres sunt species. Aut nam ex publica causa sunt, aut privata. Privata aut legitima aut iurisgentium. Publica conventio est, quam fit per Principem, aut quoties inter se Duces belli quaedam paciscuntur ». (D. 2, 14, 5.). Una *lex* che viene poco utilizzata dai glossatori come matrice definitoria. L'unico a riportarla è, come vedemmo, Piacentino.

pare come semplice riferimento privo di conseguenze sistematiche nei commenti dei già citati Rogerio e Piacentino, inserita nella rigida serie di distinzioni tratta senza alcuna mediazione dal tessuto della l. *Conventionum autem tres*. In Azzone fa parte del lungo tratto di *divisiones* tributate di una rilevanza meramente didascalica in confronto alla *magna divisio* sulla quale si regge tutta l'architettura dei *vestimenta*:

« Item privata alia sunt iurisgentium, ut fere omnia, alia sunt legitima id est iuris civilis ut obligatio literarum et contractus emphiteosis et stipulatio... »⁽⁶⁸⁾.

Il breve cenno di Azzone mostra la radice del problema: i contratti *iuris gentium* costituiscono una classe determinata in negativo rispetto alle caratteristiche dell'opposta categoria dei contratti *iuris civilis*. In questo senso, la diarchia fra *ius civile* e *ius gentium* rappresenta un criterio praticamente imperfetto per la definizione dei modelli contrattuali, poiché la massima parte delle fattispecie può essere compresa nella seconda categoria.

Una partizione claudicante, dunque, nella quale solo uno dei due termini — lo *ius civile* — è provvisto di una reale capacità definitoria, che si realizza nella particolare struttura di tutela di queste fattispecie, centrata sui caratteri dell'unilateralità e astrattezza. Lo *ius gentium*, in questi termini, è destinato a dare collocazione, al contrario, ad una serie potenzialmente infinita di modelli negoziali, caratterizzati da diverse forme di conclusione, da diverse configurazioni degli obblighi risultanti, da diverse strutture di tutela.

Un ambito vastissimo, che attende di essere perscrutato usando di un criterio ulteriore. Questo viene offerto da una nozione che l'invalersi del sistema dei *vestimenta* sembrava aver destituito di ogni potenzialità: il *nomen*. Il commento di Odofredo alla l. *Conventionum autem tres* ci rende il senso del ritorno in auge di questo apparato concettuale:

« Privatae conventiones dicuntur quae fiunt ob privatam utilitatem et ipse subdividuntur: quae aliquae dicuntur legitime alique iurisgentium. Et

⁽⁶⁸⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis*, p. 25 col. 2.

legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum actio nascitur vel tollitur quoties iuvatur lege vel senatusconsulto. Item conventiones iuris gentium quedam pariunt actiones quedam pariunt exceptiones. Conventiones quae pariunt actiones transeunt in proprium nomen contractus ut emptio et venditio et locatio et conductio societas commodatum et depositum et alii similes: quedam non transeunt in proprium nomen contractus, et iste ubi subest iusta causa pariunt actiones sicut est si conveni tibi rem dare ut aliam dares... »⁽⁶⁹⁾.

Un commento dalla struttura in apparenza affine a quella che si può riscontrare negli apparati di Rogerio e di Piacentino, ma che segna il forte mutamento realizzato grazie all'invalersi della logica dei *vestimenta*. Rogerio, difatti, riprendeva senza analizzarla la distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, sviluppando il suo sistema su altri criteri, come quello esplicitato nella diarchia fra *pactum principale* e *pactum accessorium*. Il *nomen contractus* svolgeva la sua rilevanza, in quel sistema, all'interno dell'alternativa tra *nomen generale* e *nomen speciale*, per distinguere le reciproche peculiarità dei contratti innominati e nominati dell'antico diritto. Piacentino, fra le prime voci a edificare la sistematica dei *vestimenta*, osserva un omaggio del tutto formale alla distinzione, senza fare alcun accenno al *nomen contractus*.

Odofredo, giurista perfettamente immerso nella nuova architettura, pone in un rapporto di reciproca definizione i due insiemi concettuali dati dal *nomen* e dallo *ius gentium*. Il primo criterio non ha alcuna operatività all'interno della limitatissima classe dei contratti *iuris civilis*, nei quali l'azionabilità è attribuzione diretta della *lex* romana. Esso, all'opposto, rappresenta il discrimine fondamentale per provvedere di capacità definitoria il piano dello *ius gentium*, sul quale vengono riunite tutte quelle fattispecie che ricevono per vie diverse dalla qualificazione da parte della *lex* la sanzione dell'azionabilità. Quest'ultima assume una diversa struttura a seconda che la fattispecie sia o meno provvista di un *nomen*.

In piena consequenzialità con le dottrine della *Glossa*, Odofredo parte dal dato dell'estrema differenza tra le due classi dei contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*. Nella prima, un unico criterio, la *confirmatio a lege*, regola sia l'appartenenza di una fattispecie alla classe, sia la de-

⁽⁶⁹⁾ ODOFREDO, in *l. Conventionum autem tres ff. de pactis*. (p. 72 col. 1).

terminazione del regime degli effetti propri delle singole ipotesi contrattuali: una data fattispecie è detta di *ius civile* laddove la sua struttura di tutela sia affidata al rimedio astratto e unilaterale della *condictio*. L'appartenenza di un dato modello alla categoria dello *ius gentium*, all'opposto, non può che essere determinata in negativo rispetto alla classe precedente, e quindi su un criterio di cui non si può esplicitare la struttura. Ciò impedisce, *a fortiori*, di derivare immediatamente dalla qualificazione di un modello nell'ambito dello *ius gentium* alcuna ipotesi sul regime dei suoi effetti.

4.2. *Il ruolo definitorio del nomen contractus nell'ottica del nuovo sistema.*

Il *nomen* soccorre questa seconda esigenza, assumendo una ruolo estremamente diverso da quello che ricopriva negli apparati precedenti. Le opere che precedono il sorgere dell'architettura dei *vestimenta*, difatti, esemplificano sul *nomen* la caratteristica unitaria di quei *pacta* che il testo romano pone come azionabili. Un momento di pura ricognizione di uno dei principali criteri di divisione della materia contrattuale del tardo diritto romano, estremamente ricorrente nel tessuto del *Corpus Iuris*. La distinzione tra *nomen generale* e *speciale* della *Summa Trecensis* o di Rogerio costituisce un primo spazio di organizzazione della varia messe di fattispecie consegnate dal testo romano, ma non un momento di definizione della struttura del regolamento. È su questo profilo che si può apprezzare la mutazione di significato che tale concetto subisce nelle dottrine dei giuristi pienamente calati nell'ottica dei *vestimenta*.

Un fenomeno che si può riscontrare seguendo il percorso di taluni interrogativi a proposito della differenza tra contratti *nominati* e *innominati* posti dalla *Glossa Magna* e che troveranno ulteriore sviluppo in Odofredo. Il punto di maggiore interesse riguarda la figura della permuta:

« Sed quare permutatio, quae est species de do ut des nomen speciale habere non dicitur, ut hic, cum permutatio elegantius nomen habet quam emptio? » (70).

(70) GLOSSA « *Facias* » in *l. Iurisgentium ff. de pactis*.

Si fraintenderebbe il senso del problema se lo vedessimo alla stregua di una qualsiasi sterile disputa d'etimologia medievale: dietro lo schermo del *nomen elegans* si nasconde una tensione definitoria che mal può essere contenuta nell'architettura dei *pacta vestita*.

La stessa glossa ci indica questa realtà, nella consecuzione alluvionale dei vari tentativi di soluzione. La prima risposta, difatti, è nel segno di leggere questo problema alla luce della sistematica dei *vestimenta*:

« Respondeo, hi dicuntur nominati, qui consensu contrahuntur, in permutatione non consensu sed rei interventu contrahitur obligatio, et colligitur haec ratio infra, de rerum permutatione lex prima... » (71).

La compravendita è un contratto nominato perché alla sua conclusione è sufficiente il semplice consenso; la permuta, necessitando per la sua efficacia obbligatoria dell'*interventus rei*, dell'inizio della prestazione da parte di uno dei soggetti, non rientra in questo insieme. Una tesi che si espone ad una facile critica:

« sed haec ratio non videtur valere: quia commodatum et depositum dicuntur hic nominati, et tamen non consensu sed re contrahuntur » (72).

Il problema offerto dal *nomen* si lascia mal tradurre nei termini dati dai *vestimenta*, poiché non si riesce a rappresentare in termini formali una relazione tra questi due insiemi concettuali, tale da stabilire l'esistenza del primo per taluni tipi di *vestmentum*, escludendolo per altri. Occorre dunque fornire il *nomen contractus* di un significato diverso rispetto all'accezione tradizionale. Un tentativo che si scorge in taluni accenni della medesima glossa « *Facias* »:

« Quare dicas, quod permutatio ideo non est nominatus, quia non statim cum facta est voluntate partium, dat actionem: imo exigitur rei interventus et tunc non ex rei interventu, sed ex praecedenti pacto agitur... ».

(71) GLOSSA « *Facias* », cit. La tesi viene riportata come propria di GIOVANNI BASSIANO.

(72) GLOSSA, ult. loc. cit.

Il significato tradizionale di *nomen contractus* aveva a riguardo l'intera disciplina di un dato fenomeno negoziale. In questa glossa, invece, esso si rende affine al concetto di *vestmentum* specificandone il grado di realizzazione. La sistematica dei *vestimenta* organizza i modelli contrattuali sul criterio del momento di conclusione dell'accordo: il *nomen* tiene così distinte le ipotesi in cui l'obbligatorietà sorge con la semplice formazione del consenso, rispetto a quelle la cui conclusione è il frutto di una fattispecie complessa. È il caso della permuta, in cui l'accordo delle parti deve essere qualificato e reso obbligatorio dall'inizio della prestazione, momento che, tuttavia, non delinea i termini normativi del contratto. « *Non ex rei interventu, sed ex praecedenti pacto agitur* »: la parte adempiente non porterà in giudizio la controparte fedifraga sulla base di una sorta di arricchimento senza causa, facendo leva sul solo fatto della sua prestazione, ma verserà nella cognizione del giudice l'intero accordo, in tutti i suoi termini.

Questa nuova accezione del *nomen* sposta l'accento dalla facile identificazione tra contratti nominati e contratti consensuali, rimuovendo l'altrettanto facile critica:

« *sed commodatum et depositum et similes statim ut fiunt, dant actionem: non tamen sunt nisi re tradita: unde re dicitur obligatio contrahi: et ideo nominati dicuntur et prima ratio valet.* »

In questa nuova ottica, anche i contratti reali sono, ovviamente, *nominati*, poiché la prestazione della *res* è un elemento contestuale e necessario alla conclusione del contratto; una volta realizzato, il vincolo obbligatorio sorge immediatamente. È così che la relazione sistematica fra *nomen* e *consensus* viene ridisegnata:

« *Nomen suum habent. Id est, hi soli contrahuntur consensu, qui nomen suum habent, qualis est emptio et similes: ut subiicit et supra de pactis l. iurisgentium § primo et sic permutatio non habet nomen suum: ut hic dicitur. Sed quare? Responde ut dixi supra de pactis l. iurisgentium § primo. Item cave tibi, quia licet illi qui habent nomen contrahantur consensu: non tamen est hoc verum in omnibus, nam depositum et commodatum nominati sunt contractus: non tamen solo consensu in eis contrahitur obligatio, sed re* » (73).

(73) GLOSSA « *Nomen suum habent* » in *l. Sicut aliud ff. de rerum permutatione*.

Un ragionamento per *genera et species* ⁽⁷⁴⁾ conduce a verificare una corrispondenza univoca fra *consensus* e *nomen*, che non può essere invertita: tutti i contratti consensuali sono nominati, ma non è vero il contrario. Sulla base di questa accezione del *nomen contractus* si riesce, pertanto, a dare una prima distinzione fra i contratti *iuris gentium*, in funzione del momento in cui si perfeziona il vincolo obbligatorio. Il *nomen* manifesta, tuttavia, un'ulteriore valenza definitoria, in questa direzione. La troviamo indirettamente anticipata nella *Glossa* accursiana:

« ...cum uno nomine, scilicet permutare vel permutatio hincinde, id est, utranque partem comprehendat, quod non facit emptio: sed partem emptoris significat, ut venditio partem vendentis? » ⁽⁷⁵⁾.

In quanto contratto che mantiene soltanto il suo *nomen generale*, nella permuta non è possibile distinguere *ex vi nominis* la situazione obbligatoria che spetta alla singola parte. Ulteriore momento di differenza rispetto al caso della compravendita, nella quale le due parti assumono una specifica denominazione che identifica la loro posizione, desunta in stretta dipendenza dal nome del contratto.

Questo dà così vita al *nomen actionis*:

« Item nota distinctionem ex vi nominis, nam ubi distincta sunt nomina, ut emptor, et venditor: nascuntur duae actiones et utraque directa. Idem est ubi idem nomen est: ut socius, porro ubi nomen a nomine descendit, ut mandatus a mandatore: duae sunt actiones: una directa, et alia contraria » ⁽⁷⁶⁾.

Otteniamo quindi un criterio che è in grado di scendere ad un livello di maggiore specificazione rispetto a quello ottenibile dai *vestimenta*. Tale architettura, il vero punto di crisi feconda delle sistematiche medievali, è fatto per foggiare delle classi di contratto distinte in virtù del momento di conclusione. Il *nomen*, inteso in

⁽⁷⁴⁾ « sicut et si dicam, in vineis Bononiae nascitur bonum vinum, non sequitur ergo in qualibet vinea Bononiae nascitur bonum vinum.; quia non versus galeriam ». GLOSSA « *Nomen suum habent* », cit.

⁽⁷⁵⁾ GLOSSA « *Facias* » in *l. Iurisgentium ff. de pactis*, cit.

⁽⁷⁶⁾ GLOSSA « *Consentire* » in *l. Consensu ff. de actionibus et obligationibus*.

questa seconda accezione, rimane l'unico carattere che possa comprendere la singolarità dei modelli all'interno delle classi.

Questa valenza definitoria costituirà l'oggetto di maggior sviluppo dogmatico presso gli apparati successivi. Dopo aver esposto la materia della *quaestio* in termini fedelissimi a quelli che riscontriamo nella *Glossa* ⁽⁷⁷⁾, Odofredo fornisce questa soluzione:

« Responde. Emptio et venditio locatio et similes ideo dicuntur contractus nominati: quia hi contractus habent ita sua propria nomina sibi stricte attributa quam in veritate convenienter aliis contractibus accomodari non possunt: nam emptio non potest accomodari deposito vel commodato: vel stipulationi secundum veram et propriam vocabuli significationem: et sic in aliis: nam commodatum non posset accomodari permutationis » ⁽⁷⁸⁾.

Il *nomen* diviene la piena estrinsecazione della struttura negoziale, in una relazione autenticamente definitoria. Dal nome del contratto deriva immediatamente la descrizione degli obblighi che spettano alle parti. I contratti nominati sono così caratterizzati da una struttura obbligatoria esclusiva, che non può essere comunicata ad altre fattispecie. L'esatto inverso può predicarsi per i contratti innominati:

« et idem in aliis, scilicet do ut des et do ut facias et similes dicuntur contractus innominati: ideo quia habent ita vagum et generale nomen quam aliis contractibus accomodari possunt: nam do ut des et do ut facias et rerum permutatio in larga significatione possunt accomodari emptioni et venditioni et locationi. »

Descritti nella genericità del sinallagma genetico, i contratti innominati possono fungere da schemi per comprendere più ipotesi

⁽⁷⁷⁾ « Sed denuo quaero quare emptio et venditio et similes dicuntur contractus nominati: do ut des et do ut facias et facio ut facias: et facio ut des: et rerum permutatio dicuntur contractus innominati cum eque placita nomina sint sicut ista et cum elegantius nomen habeat quam emptio: sed partem emptoris tantum significat venditio partem venditoris.. » ODOFREDO, *ad l. Iurisgentium, ff. de pactis*, n. 2. (p. 73 r. col. 1).

⁽⁷⁸⁾ ODOFREDO, in *Digestum vetus, ad l. Iurisgentium, ff. de pactis*, n. 2. (p. 73 r. col. 1-2).

nominate. Il *nomen generale* ⁽⁷⁹⁾ delinea puntualmente l'impossibilità di descrivere, per questi modelli, una struttura obbligatoria esclusiva e non partecipabile ad altre fattispecie.

Tratteremo in seguito le conseguenze di questo modo di percepire la realtà dei contratti quanto al grado di tipicità che i glossatori attribuiscono alla fattispecie di conclusione dei singoli modelli e alla loro conseguente struttura di tutela. Per ora ci interessa soltanto porre in luce come lo *ius gentium*, il termine dal quale siamo partiti, venga definito dai glossatori più maturi partendo dalla singolarità dei modelli, piuttosto che da una concezione aprioristica dell'ordinamento superiore. Soccorre tale valutazione il ruolo assunto dal *nomen contractus*, come ridefinito presso i glossatori più maturi: un concetto foggiato per individuare la struttura obbligatoria del contratto che è cifra definitoria esclusiva delle ipotesi contrattuali non definibili sulla scorta dello *ius civile*.

Caratteristiche che valgono a isolare nello *ius civile* e nello *ius gentium* due modelli precisi di qualificazione, che vengono dedotti da due opposte strutture di tutela. La prima classe contiene unicamente quelle fattispecie la cui efficacia obbligatoria prescinde dal titolo sostanziale; la loro efficacia obbligatoria è definibile solo in una relazione formale che si costruisce sull'elemento dato dai *verba* o dalla *littera*. Il giurista non può rendere la particolarità di tale qualificazione altro che per rapporto immediato alla *lex*, che, concedendo l'azione, in realtà costruisce il complesso di elementi in cui si sostanziano tali fattispecie.

I contratti dello *ius gentium*, al contrario, si caratterizzano tutti per essere individuabili nel loro contenuto obbligatorio, definibili nella loro struttura, che il glossatore percepisce come dato anteriore alla qualificazione da parte della norma superiore. La *lex* ha quindi l'ufficio di individuare la tutela per tali situazioni giuridiche, ma in

(79) La distinzione fra *nomen generale* e *nomen speciale* viene ora resa in termini di rapporto tra *genus* e *species*: « *In suo nomine*. Sed generalis: ut dicatur conventio sive contractus tantum: sed speciale sibi assumit nomen... non enim amittit generale nomen: ut supra eodem, lex prima § adeo...et patenter probatur infra de praescriptis verbis l. naturalis in primo responso, quia ibi ponitur emptio sub illo innominato do ut des, et caeteri. ». GLOSSA « *In suo nomine* » in l. *Iurisingentium ff. de pactis*.

una relazione che non è costitutiva di una struttura, bensì ricognitiva ⁽⁸⁰⁾.

5. *I vestimenta come sede di valutazione tipologica.*

Gli ultimi risultati della nostra analisi conducono a percepire l'architettura dei *vestimenta*, quanto meno nel momento della sua piena maturazione, nei termini di una scansione tipologica delle ipotesi contrattuali consegnate dal testo romano. Le vicende del *legis auxilium*, difatti, e ancor più quelle della *confirmatio a lege* dimostrano come i glossatori non si servano dello schema del patto vestito per distinguere, all'interno della singola fattispecie, un nucleo di consenso cui applicare, di volta in volta, il *quid pluris* atto a dargli sanzione.

Ulteriormente, la distinzione tra *ius civile*, ingenerato dal meccanismo della *confirmatio*, e *ius gentium*, ci indica come il giurista medievale riunisca le fattispecie partecipategli dal diritto romano in categorie che vengono individuate non attraverso un procedimento riconducibile ad un modello di legittimazione positiva. L'opera del glossatore non consiste nell'individuare, attraverso una propria scelta, quei caratteri che rendono l'accordo meritevole del pieno ingresso nell'ordinamento: egli, piuttosto, classifica attraverso criteri che non sono determinabili in piena autonomia rispetto al testo le varie ipotesi, in un'operazione che si lascia definire nel senso della tipologia.

Quello che si apre all'interprete odierno allorché fronteggia i numerosi passi in cui il giurista medievale distingue sottilmente fra

⁽⁸⁰⁾ Una concezione che viene esplicitata da ODOFREDO: « Modo super principio huius legis quaero quare conventiones legitime id est iuris civilis semper pariunt actiones. Responde ut supra lege proxima. Sed conventiones iuregentium quaedam pariunt actiones quaedam non. Responde illa est ratio: quia regulariter omnes contractus sunt introducti a iuregentium ut supra de iustitia et iure l. ex hoc iure: et licet aliqui contractus sint iuris civilis: unde videns ius civile quod contractus essent inefficaces nisi parerent actiones: quia nemo sine actione experitur... igitur ius civile induxit actiones, ut supra de origine iuris lex secunda § deinde. Unde non est mirum si suos proprios contractus ita curavit quod semper pariant actiones cum filiulus alienus accomodavit maxime si iuri non repugnant: alias ius civile in aliis esset artifex si suae conventiones parerent inefficaces actiones. » (in *l. Iurisgentium*, cit. p. 73 r. col. 1).

una dimensione naturale e una dimensione civile del negozio è, in fondo, un problema di prospettiva. Se si parte dalle categorie più intimamente radicate nel moderno del diritto, non potremo scorgere nell'architettura dei glossatori altro che i termini minimi di un'architettura potestativa ancora lungi dall'essere compiuta. Laddove, al contrario, caliamo la problematica offertaci dai *vestimenta* nelle più complesse linee della qualificazione giuridica medievale, possiamo ottenere un quadro più consono al sistema di valori tecnici propri del tempo.

L'approccio della prima specie — tanto largamente condiviso dalla dottrina da poter essere qualificato ormai come tradizionale — è caratterizzato da un intrinseco monismo. Esso pone, difatti, come unica relazione qualificante quella tra *pactum* e *norma*, assumendo quest'ultima in senso pienamente positivistico, tale da esaurire in sé ogni necessità di analisi su quanto giace prima del suo sorgere.

Il pluralismo medievale ha bisogno di altre risposte, rispettose della sua intrinseca complessità. Consideriamo, al termine di questa prima disamina, un testo siffatto:

« Sunt enim effectualis obligationis duae radices, una naturalis scilicet quod consensu nascit, quae inter omnes fieri potest etiam inter servos et haec naturalis dicitur, ut ff. de pactis lex prima § adeo, haec radix contrario consensu tollitur... sed haec naturalis vim non habet exigendi, impedit tamen soluti repetitione... Huic quandoque accedit civilis etiam radix, quam illi naturali faciem dat vel formam, vel vestem ut possit parere actionem. Et haec civilis tollitur contrario civili actu, non naturali, ut per acceptilationem » ⁽⁸¹⁾.

L'impostazione tradizionale porterebbe ancora a quella facile conclusione, più volte indicata e criticata nelle pagine precedenti, finalizzata a intendere nel consenso la fonte di un'obbligazione meramente naturale cui l'ordinamento superiore concede o nega la legittimazione a produrre azione. Il vizio di una concezione siffatta risiede nel suo autolimitarsi a cogliere solo un primo livello di percezione, quello della norma.

Un atteggiamento interpretativo che, se è perfettamente idoneo

⁽⁸¹⁾ GLOSSA « *Necessitate* » in *Institutiones Iustiniani*, tit. de obligationibus. La glossa reca la sigla di Accursio.

a rappresentare la realtà dell'ordinamento giuridico moderno, si rivela presto insufficiente ad analizzare la complessità dell'ordine medievale, poiché non riesce a considerare tutto ciò che precede il dato della norma. Tornando ai parallelismi concettuali fornitici dal testo, noi potremmo ben pagarci delle due *radices* dell'obbligazione, arrestando a questo livello l'analisi, ma così facendo perderemmo il *quid pluris* della cultura medievale, la pluralità di momenti attraverso i quali si isola la norma superiore di qualificazione.

Una relazione di estrema complessità, rispetto all'unilateralità dell'assolutismo giuridico moderno. Ne abbiamo già colto un primo lato, reso dalla distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, che ci indica chiaramente la pluralità dei momenti cui si affida l'attribuzione della sanzione al regolamento contrattuale. In questa distinzione, difatti, non riscontriamo l'individuazione di due insiemi normativi diversi per le loro qualità connaturate. Come abbiamo già avuto modo di notare, la percezione della distanza storica tra questi due insiemi normativi, ben presente al compilatore giustiniano, diviene blanda notizia presso i glossatori, criterio incomprensibile. Per il giurista medievale non esistono norme di *ius civile* e norme di *ius gentium*: esistono fattispecie contrattuali che possono essere definite nell'una o nell'altra categoria in ragione del tipo di relazione che lega ciascuna ipotesi alla norma superiore. Un rapporto immediato, nel caso dei modelli appartenenti alla prima categoria, che trovano nella *confirmatio* il crisma della loro azionabilità; una qualificazione indiretta nel caso dei contratti di *ius gentium*, mediata dalla necessaria ricostruzione di un contenuto obbligatorio. Usando dell'esatta terminologia odierna, la differenza tra una fattispecie come la *stipulatio* e una come l'*emptio* può essere resa in questi termini: nella prima il dato dei *verba* è costitutivo dell'obbligazione, all'interno di una qualificazione prettamente formale del volere delle parti; nella seconda l'azionabilità viene riferita alla struttura stessa del regolamento voluto dalle parti, riconosciuto idoneo a questo effetto dall'ordinamento.

Vi è un ulteriore argomento che soccorre una considerazione in chiave tipologica e non potestativa dell'architettura dei glossatori: la distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* deriva immediatamente dalla razionalizzazione dei *vestimenta*. Notiamo difatti come non esista la possibilità di distinguere secondo questa categorizzazione, le fattispecie riunite all'interno di un singolo *vestmentum*. Lo

ius civile si esaurisce all'interno dei *vestimenta verbis e literis*; lo *ius gentium* occupa tutti gli altri.

Cogliamo qui un secondo spazio di differenza tra il giurista medievale e quello moderno. Quest'ultimo, perfettamente autonomo nella scelta dei criteri di edificazione della propria realtà giuridica, costruisce un monolite semantico — il negozio giuridico — che può successivamente essere aggredito mediante una pluralità di criteri fra loro interrelabili. Caratteristiche come l'unilateralità o la bilateralità, l'efficacia reale o obbligatoria, riescono a specificare il principio in molteplici direzioni.

Il giurista medievale, all'opposto, ha a disposizione soltanto tre criteri, fra loro mutuamente derivanti. Il primo è dato dal momento di conclusione del contratto, razionalizzato nei sei *vestimenta azoniani* ⁽⁸²⁾. Da questo deriva il secondo, reso nella diarchia fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, che distingue il campo individuato dai *vestimenta* sul criterio dato dal tipo di relazione qualificativa, conseguente ad una diversa tipologia di tutela del regolamento privato d'interessi.

Il terzo criterio, il *nomen*, distingue le modalità di conclusione del contratto in virtù della loro autonomia procedimentale, data dal momento in cui si instaura l'obbligatorietà della fattispecie. Tutti i patti vestiti *re, verbis, literis* e *consensu* sono difatti nominati: in essi l'obbligatorietà sorge nel momento stesso della conclusione. Una volta che l'accordo delle parti si sia realizzato attraverso tali modalità, siamo di fronte ad un negozio perfetto e autonomo, di cui si può dettare immediatamente la disciplina degli effetti.

L'opposta classe dei contratti innominati è invece occupata dai *vestimenta* del *rei interventus* e della *cobaerentia contractus*. Nel primo caso, difatti, la conclusione dell'accordo non integra la perfezione del contratto, che attende di essere provvisto dell'inizio dell'esecuzione. Conclusione e perfezionamento non coincidono nelle fattispecie che il diritto romano qualifica nel *do ut des, do ut facias, facio ut des* e *facio ut facias*, e che il giurista medievale definisce nell'*interventus rei*.

(82) Si esclude qui, poiché sfugge alla base argomentativa comune dei glossatori, il riferimento al *legis auxilium*, settimo vestimento per la GLOSSA accursiana, fortemente rifiutato, come abbiamo visto, da ODOFREDO.

La medesima autonomia difetta per principio ai casi di patto aggiunto, vestito *contractus cohaerentia*, in cui la tutela si realizza mediante l'azione propria del regolamento principale, o mediante la stessa azione tipicamente predisposta per le fattispecie innominate.

La successione di questi tre criteri testimonia della tensione dei glossatori a comprendere secondo classificazioni generali la moltitudine di ipotesi descritte dal testo romano. A criteri direttamente suggeriti dal *Corpus Iuris*, come il *nomen* dei primi glossatori o la teorizzazione all'interno dei *vestimenta* delle quattro *causae obligationum*, succedono presto categorizzazioni più raffinate, in cui maggiore si avverte il peso dell'*interpretatio*. Un percorso a tratti molto accidentato, che conduce ad isolare tre modelli fondamentali: il contratto individuato attraverso una relazione formale, come la *stipulatio* o il *chirographum*; il contratto definito nel proprio contenuto obbligatorio, come nel caso del mutuo o della compravendita; il contratto risultante da un vincolo funzionale tra più atti normativi, come nel caso del *do ut des* o del patto aggiunto ad un contratto principale e autonomo.

CAPITOLO V

LA TIPIZZAZIONE DELLA STRUTTURA DI TUTELA

1. Il problema della compravendita e le sue prime razionalizzazioni. — 2. Le prime analisi sull'id quod interest. — 2.1. Un catalogo non sistematico: l'apparato della Summa Trecensis. — 2.2. Le difficoltà di razionalizzazione della rilevanza strutturale dell'id quod interest. — 3. L'inizio di una concezione sistematica dell'interesse. — 3.1. Il mutamento di prospettiva: interesse conventum, commune, singulare. — 3.2. Conseguenze dogmatiche. Contratti certi e incerti. — 4. La piena realizzazione dell'interesse come strumento per la tipologia delle fattispecie. — 4.1. Il pieno sviluppo del concetto di interesse singulare. — 4.2. L'id quod interest come criterio per la qualificazione delle fattispecie. — 5. La ridefinizione della struttura obbligatoria della compravendita. — 5.1. L'id quod interest come parte di una nuova tecnica di definizione delle fattispecie. — 5.2. L'id quod interest come strumento di qualificazione del contenuto obbligatorio del contratto. — 5.3. La diversa valutazione della necessitas tradendi. — 6. La razionalizzazione sistematica della certitudo. — 6.1. La conditio certi nei primi glossatori. — 6.2. La concezione funzionale del certum.

1. *Il problema della compravendita e le sue prime razionalizzazioni.*

Il congegno definitorio isolato a partire dai *vestimenta* fornisce pertanto una prima rappresentazione tipologica delle fattispecie negoziali offerte dal *Corpus Iuris* all'attenzione del giurista medievale. Esso, tuttavia, non esaurisce il novero delle risposte che è lecito attendersi da una sistematica. La razionalizzazione delle fattispecie sulla base del momento di conclusione è concepita per isolare delle categorie più o meno ampie, e dà modo al giurista di isolare *distinctiones* sempre più complesse.

La piena opera di tipizzazione dei modelli attende di essere completata da un secondo profilo sistematico, che sia in grado di distinguere, all'interno di ciascuna classe, la specificità delle singole fattispecie. Tale necessità si evidenzia pienamente nell'incapacità dei

vestimenta a fungere da criterio per l'individuazione della disciplina degli effetti delle fattispecie.

I tre criteri che abbiamo sino ad ora analizzato sono fatti per dirci come e quando si concluda il contratto, in che momento sorga il vincolo obbligatorio e quando le parti siano legittimate ad agire per la tutela del proprio diritto. Essi non possono, tuttavia, precisare il contenuto obbligatorio proprio di ciascuna fattispecie, la specificità delle singole strutture di tutela. Questo compito va affidato necessariamente ad un altro lato della costruzione, che attende ora di essere perscrutato.

La bidimensionalità del sistema è, del resto, una conseguenza necessaria alla struttura del testo romano, che affida all'esame delle *actiones* tipiche la più gran parte della disciplina contrattuale. Il giurista moderno è avvezzo a delineare ogni lato di una fattispecie in termini sostanziali, individuando su questo profilo le pretese che possono fornire oggetto del generale e astratto diritto di azione. Nell'esperienza giuridica moderna, la legittimazione ad agire si determina posteriormente alla conclusione del contratto, valutando all'interno dello schema logico dato dalla congruenza di *petitum* e di *causa petendi* l'assetto sostanziale determinato dal nuovo fatto giuridico.

In un sistema di azioni tipiche, il contenuto del contratto deve necessariamente dipingersi attraverso la specificità dei singoli rimedi, isolati secondo un duplice aspetto di tipicità, l'uno volto a rappresentare la struttura del negozio da sanzionare, l'altra volta a determinare di stretta conseguenza il tipo di tutela idonea. Il moderno del diritto, ad esempio, individua nella consegna, nel pagamento del prezzo e nella responsabilità per i vizi o per l'evizione della cosa venduta delle pretese che trovano titolo naturale nel contratto di compravendita; il diritto medievale procede da una relazione inversa, isolando questi obblighi a partire dalla singolarità dei rimedi e definendo per questo tramite il contenuto della singola fattispecie negoziale.

Il regime di conclusione del contratto e il regime di disciplina degli effetti non rispondono, pertanto, ad una logica unitaria; ciò conduce ad avere due dimensioni sistematiche della medesima realtà contrattuale. Spetta ora analizzare le linee seguite dai glossatori per

la razionalizzazione di questo secondo profilo, verificando come esso si correli alla dimensione rappresentata dai *vestimenta*.

Un problema definitorio estremamente pressante per i glossatori, come testimonia una delle diatribe più note del diritto comune. Tutta l'esperienza giuridica medievale troverà difatti modo e necessità di porsi questo interrogativo:

« Queritur in hac questione utrum venditor teneatur precise ad rem tradendam, an sufficiat interesse prestare. » ⁽¹⁾.

L'obbligo del venditore è esclusivamente nel trasferire la cosa venduta, o egli può considerarsi liberato anche versando una somma equivalente, calcolata *in id quod interest emptori?*

È appena il caso di ricordare come tale quesito rispondesse al carattere puramente obbligatorio della compravendita romana. Le obbligazioni del venditore, difatti, sono descritte da un noto passo del Digesto in questi termini: « *ob evictionem se obligare, possessionem tradere, purgari se dolo malo* ». Il carattere non reitraslativo del contratto si evince da un'altra *lex*, che non a caso costituirà uno dei luoghi principali del dibattito fra i glossatori:

« Si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur: hoc est quod rem habere emptoris interest. » ⁽²⁾.

Su questo principio avrà modo di contendere tutto il diritto comune classico, a partire dai primi glossatori, le cui posizioni ci vengono variamente riportate nelle collezioni di *Dissensiones*. Le fonti ci indicano chiaramente protagonisti e termini della disputa:

« Titius vendidit Seio equum. Queritur utrum precise teneatur ad rem tradendam, necne. Bulgarus, Ugo dicunt quod non tenetur emptor precise ad rem tradendam. Martinus, contra. » ⁽³⁾.

⁽¹⁾ La *quaestio* qui riprodotta, una delle innumerevoli su questo argomento, è di PILLIO DA MEDICINA, q. 116, edita da A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Main, 1989, p. 116.

⁽²⁾ L. *Si res vendita*, ff. *de actionibus empti et venditi*. (D. 19, 1, 1.)

⁽³⁾ QUAESTIONES DOMINORUM BONONIENSIVM, *Collectio Parisiensis*, n. 95, ed. G.B. PALMIERI, *Bibliotheca iuridica Medii Aevi*, I, 1913, p. 252.

In tutti gli apparati la sostanza del dibattito viene mostrata attraverso la posizione, pressoché isolata, di Martino. La sua opinione, più precisamente, è finalizzata a interpretare la *l. Si res vendita* non nel senso dell'alternatività fra l'obbligo a *tradere rem* e a prestare l'*id quod interest*, bensì costruendo tra questi due termini un vincolo di subordinazione:

« Dissentit Martinus ab omnibus: utrum venditor teneatur praecise ad rem tradendam, quam vendidit? Et dicit: quoniam, quum res exstat et possibilitas tradendi, cogitur venditor rem tradere, nec est audiendus volens interesse praestare » (4).

Il venditore è così tenuto in via principale al trasferimento della cosa; solo se questa perisce, o comunque manca la possibilità di trasferirla, egli può liberarsi prestando l'*id quod interest*. L'opinione gosiana si fonda su una particolare lettura di taluni passi del *Corpus Iuris*. Innanzitutto la *l. Ex empto*, che delinea la situazione obbligatoria delle parti del contratto. Questo testo, in particolare, ribadendo la natura di *iudicium bonae fidei* per l'*actio empti*, sottolinea che, in assenza di un'espressa convenzione fra le parti, l'oggetto di tale azione consiste in tutte quelle obbligazioni: « quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere. » (5). La dottrina martiniana poggia le sue basi su un'analisi puramente terminologica di questo passo:

« ...quod verbum, scilicet "oportet", dicit, in se necessitatem talem habere, ut, quum res exstat et tradi potest, cogetur omnimodo venditor rem praestare » (6).

La scelta di assumere questo determinato testo romano a caposaldo dell'analisi consegue alla volontà dell'interprete di vedere nella *rei traditio* l'obbligo qualificante della compravendita. Il fronte opposto segue lo stesso metodo, selezionando una serie di testi in cui

(4) DISSENSIONES DOMINORUM, *Vetus collectio* q. 60, ed. HAENEL.

(5) *L. Ex empto*, ff. *de actionibus empti et venditi* (D. 19, 1, 11).

(6) DISSENSIONES DOMINORUM, *Vetus collectio* q. 60, cit.

l'immagine dell'alternatività fra le due obbligazioni svetta con maggiore nettezza, come nel caso della *l. Si res vendita*. Tutte le *Dissensiones* riportano ragionamenti strutturati in modo siffatto, la cui ulteriore disamina non arrecherebbe alcuna modifica al quadro di fondo.

Questo si connota integralmente nella posizione martiniana, tutta giocata su una visione del negozio di scambio che prescinde totalmente da una determinata concezione tecnica del contratto. Una scelta completamente a favore dell'argomento *de aequitate*, concepita in modo da determinare il contenuto del contratto anteriormente a ogni questione che possa concernere la sua struttura, come ben ci mostra questo inciso ricorrente:

« Quærit etiam Martinus, si panem vendideris, te non tradente mihi mortuo fame, quod interesse poterit præstari? » (7).

È agevole notare come l'apparato testuale a sostegno di questa ipotesi venga composto sulla base di questa preconcezione della struttura obbligatoria della compravendita. Esso ospita, in sostanza, tutti i passi del *Corpus Iuris* in cui l'obbligo alla tradizione della cosa non viene descritto parallelamente all'obbligazione alternativa dell'*id quod interest*. Fra i testi che lo integrano, difatti, non se ne trova alcuno in grado di determinare una soluzione univoca della questione. Basti, al proposito, l'esempio fornito dalla *l. Si quis rem alienam*, che impone, a chi abbia venduto la cosa altrui, di *implere venditionem* nel caso ne sia divenuto proprietario nel frattempo (8). Al pari dell'« oportet » della *l. Ex empto*, anche all'« implere » viene attribuito un significato fra i molti possibili sulla base di una scelta interpretativa già compiuta in favore della preminenza dell'obbligo

(7) DISSENSIONES DOMINORUM, *Vetus collectio* q. 60, cit. Su questo testo cfr. H. DILCHER, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, ZSS - R.A., 1961, p. 288. L'argomento si ritrova in altre *questiones*, cfr., ad esempio, le *Dissensiones dominorum per domino Hugolini*, q. 109, ed. HAENEL, cit. Altre notazioni in T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1994, p. 53-57.

(8) « Si quis alienam rem vendiderit, et medio tempore haeres domino extiterit: cogetur implere venditionem ». *L. Si quis alienam rem, ff. de actionibus empti et venditi*. (D. 19, 1, 47 [46]).

a *tradere rem*. Una determinazione che presiede la selezione dei testi meritevoli di ingresso nell'apparato, come pacificamente afferma la *Dissensio* della *collectio Hugolinii*:

«...et ex multiis aliis et quia alias obligatus sit venditor ad rem tradendam, non dicit, eum posse liberari praestando interesse»⁽⁹⁾.

Un solo riferimento di carattere strutturale inizia a far breccia in questo apparato. È il rimando ad un testo che abbiamo già considerato ad altri fini, il paragrafo *Perficiuntur* del titolo delle Istituzioni dedicato alla donazione, che costruisce questo negozio come contratto autonomo, ricollegando al semplice consenso l'obbligo di trasferire la cosa «*ad exemplum venditionis*»⁽¹⁰⁾. Un testo che, ovviamente, non è in grado di definire la *quaestio* in oggetto e che pure entra a pieno titolo nel novero dei testi asserviti alla tesi della primazia della *rei traditio*.

L'opinione contraria si fonda su un eguale modo di procedere, costruendo un diverso apparato, composto di tutti quei testi in cui l'obbligo alla *rei traditio* viene descritto parallelamente a quello all'*id quod interest*. Oltre alla *l. Si res vendita* si presta a questo scopo anche la stessa *l. Ex empto*, fulcro dell'architettura martiniana. Essa, nel suo paragrafo finale, ribadisce che il venditore inadempiente quanto alla *rei traditio* viene condannato *in id quod interest*. La serie si estende alla citazione di molte altre *leges* che confermano tutte l'alternatività fra le due obbligazioni⁽¹¹⁾. Il nucleo dell'opinione

⁽⁹⁾ DISSENSIONES DOMINORUM PER DOMINO HUGOLINI, q. 109, ed. HAENEL, cit. L'apparato martiniano riportato in questo testo si connota di altri testi, che ci interesseranno in seguito, allorché saranno considerati in una luce particolare dai *doctores* successivi. Tra questi merita citare la *l. Qui restituere ff. de rei vindicatione*.

⁽¹⁰⁾ «Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit: ut etiam si non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori.» *Institutiones de donationibus § perficiuntur*. (I. 2, 7, 2).

⁽¹¹⁾ Non a caso la voce che gli apparati oppongono alla tesi martiniana è quella di BULGARO. Per una puntualissima topologia dei luoghi che ricostruiscono la dottrina di questo autore, cfr. T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, cit. p. 66-68.

contra Martinum risiede in un argomento testuale eguale e contrario a quello che fornisce il fulcro dell'opinione avversa:

« ...nec illud oportet continet necessitatem absolutam, sed causativam significat, veluti: servum oportet accusare interfectorem domini sui, si velit libertatem obtinere... Idem dicitur de venditore, quod oportet eum rem tradere, si nolit interesse praestare... » (12).

Nessuno degli apparati, tuttavia, riesce ad entrare in una prospettiva sistematica, che unisca la questione concernente gli effetti del contratto alla diversa problematica della struttura del regolamento. La prova migliore ci viene offerta dalla dottrina di Pillio da Medicina, vale a dire dell'ultimo grande teorizzatore della tesi della cogenza della *rei traditio*.

Egli assume integralmente l'apparato tradizionale dell'opinione martiniana, senza riuscire ad estenderne i confini:

« Secundo quia in lege aperte dicitur oportere venditorem rem tradere, quam vendidit, ut ff. de actionibus empti l. ex empto et l. si alias et institutiones de donationibus § perficiuntur, si ergo necesse habet, rem tradere: ita quod velit, nolit, tradere cogitur, quinimmo manu militari debet ab eo auferri ut ff. de rei vindicatione l. qui restituere » (13).

Non troviamo qui alcuna differenza di lettura di queste fonti rispetto agli autori precedenti. Il vero *quid pluris* della dottrina pilliana è rappresentato dall'individuazione di una serie di argomentazioni complementari a questo nucleo, tradizionale quanto insuperabile. Il ragionamento martiniano viene così circondato di ulteriori considerazioni, che vanno dalla non unilateralità della *datio in solutum* (14) alla eccessiva difficoltà di quantificare l'*id quod interest*:

« Tertio quia venditoribus daretur occasio malignandi compellendo

(12) DISSENSIONES DOMINORUM PER DOMINO HUGOLINI, q. 109, ed. HAENEL, cit.

(13) PILLIO, *Quaestiones aureae*, q. 116. Un'approfondita analisi degli argomenti di questo autore viene condotta dal REGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang*, cit., p. 57-62.

(14) « In primis quia rem, quam vendidit, debet tradere venditor ergo aliud prestando pro ea liberari non potuit... ». PILLIO, *Quaestiones aureae*, q. 116, cit.

emptores ad difficilem interesse probationem, igitur ad rei traditionem debet praecise condemnari... ».

Tutti argomenti che prescindono da qualsiasi concezione della struttura del contratto di compravendita. La cifra preminente della tesi di Pillio è, in piena continuità con quanto espresso nelle *Dissensiones*, nel leggere i testi romani alla luce di una prefigurazione del contenuto obbligatorio del contratto. Da qui l'uso di un argomento che ben conosciamo:

« Quinto aequitas naturalis, et praetoris autoritas, quae legitime conventa tuetur, quemlibet urgere debet ad placitorum obsequium, quia grave est fidem fallere. ».

Adoperata in tal modo, l'*aequitas* funge da clausola meta-interpretativa, elemento fatto per dimostrare a posteriori un assunto, più che per definire una regola partendo da premesse certe. Solo l'ultimo argomento sposta l'accento verso un'analisi del momento genetico del contratto:

« Sexto contractus perfectissime colligati altero contrahentium invito est vinculum indissolubile, numquam enim post contractum licitum est nolle, quod voluit, at in contrahendo rem sibi tradere placuit, nam eam vendidit, ergo amplius nolle hoc non poterit, condemnandus est ergo ut tradat, argumenta C. de actionibus et obligationibus l. sicut ... ».

Anche questo, tuttavia, non riesce a dare una risposta esaustiva alla tesi dell'obbligatorietà della *rei traditio*. Basti notare il riferimento alla *l. Sicut ab initio*, che abbiamo già avuto modo di incontrare, il cui generalissimo principio è applicabile a tutti i contratti, non solo a quelli sinallagmatici.

L'apparato di Pillio costituisce la migliore testimonianza del rapido esaurirsi di quella prospettiva di analisi degli effetti contrattuali che potremmo ben definire monista. Tanto la tesi attribuita a Martino quanto l'altra opinione, fatta propria a dire delle *Dissensiones* da tutti gli altri *doctores*, partono da una concezione dell'*emptio* che prescinde da qualsiasi valutazione tipologica. La compravendita viene studiata in sé stessa, prescindendo da un qualsiasi apparenza di questa figura con altre affini sulla base della modalità di

conclusione o di altri criteri. Su questa via il giurista medievale può cogliere pochissimi risultati, tutti ricollegabili non alla struttura del contratto, ma a ciò che viene percepito come suo fine precipuo, determinato a prescindere da qualsiasi altra considerazione.

2. *Le prime analisi sull'id quod interest.*

2.1. *Un catalogo non sistematico: l'apparato della Summa Trecentis.*

La concezione della compravendita appena esposta rappresenta il primo approccio tentato dai glossatori per analizzare gli effetti di tale modello contrattuale. Un tentativo gratificato da pochissimi risultati, tutti limitati al piano dell'esegesi testuale. La questione della struttura di tutela di un simile contratto si mostra ben presto come problema che non può essere risolto sulla base esclusiva dei testi romani che ne indicano il tessuto obbligatorio. Il limite di queste prime dispute consiste nell'isolare il punto degli effetti rispetto al preliminare problema della struttura del contratto stesso.

Lo studio delle dottrine sul famigerato punto di contesa, l'*id quod interest*, può all'un tempo confermarci tale monismo interpretativo e indicarci i termini del suo superamento. Volendo tentarne una definizione sintetica, l'*id quod interest* rappresenta, per il tardo diritto romano⁽¹⁵⁾ il non facile criterio di commisurazione del risarcimento tanto per l'illecito contrattuale, tanto per quello extra-contrattuale. In sostanza, l'*id quod interest* è una nozione che si fonda sul pregiudizio patrimoniale subito da un soggetto in seguito all'azione dolosa o colposa di un altro; esso copre tanto il danno emergente che il lucro cessante⁽¹⁶⁾.

La materia viene offerta all'attenzione dei glossatori da una *lex unica* del Codice, che esaurisce il titolo *de sententiis quae pro eo quod*

(15) Cfr. E. BETTI, « *Id quod interest* » in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino 1962.

(16) Il testo romano riporta come il concetto di *id quod interest* sia stato isolato proprio a partire dal lucro cessante: « *Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio: quia ex eo veteres id, quod interest, statuerunt* ». (C. 7, 97, 1).

interest proferuntur. Statuizione proveniente dallo stesso Giustiniano, la *lex* in questione esplicita il proposito di togliere spazio al grande profluvio di opinioni su questo oggetto, derivante dall'infinito riproporsi di tante *dubitationes antiquae* ⁽¹⁷⁾. Per raggiungere questo scopo, la costituzione giustiniana sancisce un limite massimo alla pretesa dell'interesse in tutte quelle situazioni giuridiche in cui sia riconoscibile *ex ante* una certa *quantitas*, fissandolo nel doppio di questa:

« Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere ».

Fra i casi dotati di tale certezza sono, per definizione espressa del testo, tutti i contratti. Il secondo campo di ipotesi non viene parimenti definito; in esso trovano posto tutte le altre figure, che non paiono dotate di eguale certezza. Per queste ultime, il giudice deve rappresentare il danno patito dal soggetto *in re vera*, indagando con ogni mezzo la reale portata del pregiudizio, ma senza essere vincolato ad un limite legale:

« In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt per suam subtilitatem requirere, ut hoc, quod re vera inducitur, damnum hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat... ».

Questa *lex* costituirà forte momento di riflessione presso tutti i giuristi medievali, che organizzeranno intorno alla nozione di *id quod interest* una molteplicità di *distinctiones*, particolarmente significative nel delineare la struttura di tutela dei singoli contratti. Nell'evoluzione di tali dottrine si rappresenta il susseguirsi di diverse impostazioni per l'analisi della struttura interna ai singoli modelli negoziali.

L'approccio monista, sopra isolato a partire dalla realtà della *quae-*

⁽¹⁷⁾ « Cum pro eo quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sint: melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem, prout possibile est in angustum coartare ». *L. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*. (C. 7, 97, 1).

stio sulla compravendita, trova pieno riscontro nell'analisi dei primi apparati sull'*id quod interest*. Iniziamo ancora una volta dalla *Summa Trecensis*, una scelta che si connota di una sfumatura ulteriore, in questo caso. La dottrina maggioritaria attribuisce difatti a Martino la posizione delle prime *distinctiones* sull'interesse, per come sono riportate nel titolo *de interesse* della *Summa Trecensis* ⁽¹⁸⁾.

L'*incipit* del testo ci palesa la struttura dell'apparato indicando da subito i criteri attraverso i quali può essere scandita la nozione di interesse:

« De eo quod interest sepius quaesistis vivaque voce rogastis, qualiter in omnibus sit prestandum. rescripsimusque vobis quandoque circa rem, quandoque extra rem esse spectandum. Item quandoque loco rei, quandoque loco poenae succedit. item aliter in bonae fidei iudiciis, aliter in stricti iuris seu in arbitrariis iudiciis, aliterque in maleficiis, item aliter in lucro, aliter in dampno, aliterque ex conventionione de eo habita, aliter ex natura accionis exstimandum. » ⁽¹⁹⁾.

Si può immediatamente notare l'alto grado di autonomia di tale dottrina nei confronti del testo romano. Questo organizzava la sua esposizione del concetto esclusivamente attorno ad una sola diarchia di significati, quella data dal contratto recante una *quantitas certa* rispetto a quello *incertum*. Uno spunto definitorio totalmente ignorato dalla *Summa Trecensis*, come anche dalla dottrina della *Summa Codicis* di Rogerio, il cui titolo *de interesse* non è in nulla diverso.

La prima distinzione, tra *interesse circa rem* e *extra rem*, affronta il punto della quantificazione del risarcimento. In tal senso, la diarchia non illustra due tipologie diverse del concetto, ma due criteri di valutazione che possono anche essere compresenti nella

⁽¹⁸⁾ È questa l'opinione di H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the roman law*, cit. p. 90.

⁽¹⁹⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse* n. 1. Eguale l'apparato di ROGERIO e così quello che si ritrova in vari testi dell'epoca. Si confronti, ad esempio, Ms. Napoli Brancaccio IV D 4, fol. 50 ra, una *distinctio* che, pur non esplicitamente siglata, si trova incastonata in un insieme di letture di GIOVANNI BASSIANO: « Interesse divido circa rem [...] spectandum est. Item quandoque loco rei, quandoque loco pene succ[edit...] aliter in bonae fidei aliter in stricti iuris seu arbitrariis. aliter in maleficiis. Item aliter in lucro aliter in dampno. Aliter in conventionione de eo habita, aliter ex natura accionis estimandum est. ».

stessa ipotesi concreta. La determinazione *circa rem* procede dal valore attuale della cosa:

« Circa rem id quod interest spectatur: veluti si vinum vel equus minimo pretio distractus est, verbi gratia decem, et postea maioris pretii, veluti quinquaginta, efficiatur, id omne prestandum est, quoniam saltem hodie dandum est: si enim datum esset, id omne emptor habiturus esset...ideoque omnes utilitates quae circa rem consistunt dicimus esse prestandas » (20).

Il soggetto deve essere risarcito della sottrazione della cosa al valore che essa avrebbe in un non ben specificato *hodie*. L'interesse *circa rem* esprime così l'esigenza di tenere indenne il soggetto che ha subito le conseguenze del perimento, della sottrazione o della mancata prestazione della cosa dalle fluttuazioni del suo valore mercenario. La prospettiva di tutela è, in questo caso, tutta spostata sul profilo del danno emergente; specularmente, l'*interesse extra rem* inquadra la valutazione del lucro cessante:

« Extra rem: veluti si emptor ex vino vel frumento negotiari potuit vel familia eius fame necata est, venditore moram faciente non lucrum vel familiae dampnum debet existimari, set verum ipsius rei pretium quae distracta est aestimandum. » (21).

In ossequio al principio fondamentale espresso dalla costituzione giustiniana, finalizzato a dare una valutazione il più possibile certa all'*id quod interest*, la *Summa* esclude dalla quantificazione del risarcimento ogni riferimento al lucro, in quanto fatto incerto, per riportare la determinazione dell'interesse sul terreno oggettivo del prezzo (22).

(20) SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 2. « Circa rem id quod interest spectandum est veluti si vinum vel equus minimo differtur pretio scilicet decem et pacto efficiatur maioris pretii...omne interesse prestandum est quia hodie saltem dandum est si non datum esset... » (Ms. Napoli Brancaccio IV D 4, fol. 50 ra).

(21) SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 3. Cfr. anche Ms. Napoli Brancaccio IV D 4, fol. 50 ra.

(22) La stessa esigenza si realizza allorché l'illecito si verifichi a carico di un'obbligazione pecuniaria: « item si emptor in pretio solvendo moram adhibuit, non lucrum quod ex negotiatione venditor facere potuit, set usuras tantum prestare debet ». SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 3.

La distinzione tra ipotesi dotate e non dotate di una *certa quantitas* scompare all'interno di una diversa razionalizzazione, frutto autonomo del giurista medievale, che si centra al contrario sulla modalità di valutazione del risarcimento, isolata attraverso un'analisi casistica e non impostata *ex ante* nelle linee di una costruzione sapienziale. Un fenomeno non dissimile può essere notato compulsando la seconda *distinctio*, in virtù della quale l'interesse può essere valutato *loco rei* o *loco poenae*.

Ancora una volta, non ci troviamo di fronte a due tipi diversi di interesse, ma a due campi di ipotesi in cui questo può realizzarsi; la distinzione fra queste due diverse aree di significato non corrisponde a nessun criterio sistematico, ma è isolata a partire da taluni casi indicati dal testo romano. Ci è ormai consueto il caso su cui si contestualizza la prima ipotesi:

« *Loco rei succedit, veluti si carnem vendidisti et hanc die placito non exhibuisti: teneris enim iam non ad ipsam rem tradendam, set ad id quod interest* »⁽²³⁾.

L'interesse si sostituisce alla cosa oggetto dell'obbligazione nel caso della compravendita e in ipotesi consimili⁽²⁴⁾; in altri casi interviene *loco poenae*:

« *Loco pene: veluti si servum [michi] vendidisti quem ego sub poena die certa alteri promisi, et te moram faciente incidi in penam, non tantum de servo set etiam de pena quam tuo facto alii dedi teneris* »⁽²⁵⁾.

È agevole notare che queste ipotesi non sono in alcun modo correlabili con quelle contenute nella categoria precedente. Non è riconoscibile una logica unitaria che presieda la distinzione: l'unico punto in comune alle due ipotesi è nel fenomeno della sostituzione dell'*id quod interest* alla prestazione originariamente convenuta, ma

(23) SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 4.

(24) L'interesse interviene *loco rei* anche nelle obbligazioni *in faciendum*: « ...vel si domum facere in certa die promisisti, die transacta non ad eam faciendam set ad id quod interest prestandum dampnandum est. ».

(25) SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, cit. n. 5.

senza che il ruolo dell'interesse definisca la struttura di queste fattispecie. In questi termini, stabilire che l'interesse interviene *loco rei* nella compravendita non serve per definire in un senso o nell'altro la questione che abbiamo sopra esaminato ⁽²⁶⁾.

2.2. *Le difficoltà di razionalizzazione della rilevanza strutturale dell'id quod interest.*

Un terzo criterio è l'unico ad essere astrattamente dotato di una valenza sistematica, che tuttavia non ha modo di compiersi perfettamente. La distinzione tra contratti *bonae fidei* e *stricti iuris*, quanto mai usuale al diritto romano, è del resto una cifra interpretativa di cui i glossatori si servono largamente. Nel caso dell'*id quod interest*, tuttavia, essa rimane limitata dall'approccio casistico di queste prime dottrine, per come ci testimonia il particolarizzarsi delle suddivisioni interne a ciascuna categoria:

« In iudiciis bonae fidei spectat[ur] tum ex natura contractus, tum ex natura accionis, tum etiam iudicis officio. » ⁽²⁷⁾.

Osservando da vicino la particolarità di ciascuna di queste specie, notiamo come esse delineino non già delle configurazioni particolari, ma siano tre aspetti della medesima realtà. Ancora una volta l'*emptio venditio* rappresenta la prima realtà dalla quale evincere i dati sui quali ricostruire queste distinzioni dell'*interesse*:

« ex natura contractus: veluti si id quod convenit non praestatur. Veluti si dixisti servitutes [in] fundo debito deberi set non debeantur, teneris ex empto » ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Il che è insito nell'esemplificazione delle due classi. Il caso che dà il destro all'individuazione dell'*interesse loco poenae* è anch'esso un'ipotesi di compravendita che vede il venditore inadempiente quanto all'obbligo di *tradere rem*. Poiché la cosa era oggetto di altro contratto fra il compratore e un terzo, assistito da una clausola penale, il venditore deve risarcire la parte lesa dal suo inadempimento non solo del valore della cosa, ma anche di quel *quid pluris* che è rappresentato appunto dalla *poena*. Il che non osta contro l'esigenza della determinazione dell'*interesse*, stante la certa quantificazione *ex ante* data dalla clausola penale.

⁽²⁷⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 6.

⁽²⁸⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 6, cit.

L'interesse che procede dalla *natura contractus* si dipinge qui nei termini della garanzia per la conformità della cosa venduta a quanto convenuto tra le parti ⁽²⁹⁾; in esso si rappresenta la responsabilità per quegli obblighi collaterali e funzionalmente collegati al principale che vengono tutelati attraverso la stessa *actio empti*. Non appare quindi netta la differenza con l'interesse proveniente dalla *natura actionis*:

« Ex actionis seu obligationis natura quedam veniunt que neque dicta neque cogitata sunt inter contrahentes, veluti de rutis et cesis, item de insertis et inclusis. Item si locator aliquid conductori abstulit propter locationem, et multa alia que facile enumerari non possunt, [que] omnia ex bono et equo prestantur, licet de his nichil actum fuit » ⁽³⁰⁾.

Da questo secondo profilo discende la responsabilità per tutti quegli obblighi che derivano *ex bono et aequo*, e che si impongono alle parti in assenza di una convenzione espressa. Il collegamento con l'obbligo principale risulta qui direttamente dalla *lex*, più che da un vincolo funzionalmente orientato.

Residuale e indeterminata rimane la terza specie:

« Iudicis officio omnia [praestantur] que in contractu et in actione sunt et que neque in contractu neque in obligatione sunt, ut usurae » ⁽³¹⁾.

Risulta il tentativo dell'interprete medievale di graduare tre campi di ipotesi di rilevanza dell'interesse all'interno della fattispecie contrattuale *bonae fidei*, in ragione del legame maggiore o minore che esiste fra l'obbligo sanzionato e quanto espressamente voluto dai contraenti. L'*interesse ex natura contractus* rappresenta il *quantum* risarcitorio dovuto per l'inadempimento di un obbligo che può comunque collegarsi a quanto voluto dai contraenti. Avendo scelto di concludere un'*emptio*, essi soggiacciono a tutti quegli obblighi che sono funzionalmente determinati dal tipo contrattuale. Il grado

⁽²⁹⁾ « Item si dixisti servum artificem seu litteratum cum non sit, vel aliquid abesse, veluti furem non esse, et adest, vel aliquid adesse [et non adest] veluti servum habere peculium cum non habet... » SUMMA TRECENSIS, ult. loc. cit.

⁽³⁰⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 8.

⁽³¹⁾ SUMMA TRECENSIS, ult. loc. cit.

successivo viene occupato dall'interesse che deriva da quegli obblighi ricollegati alla prestazione principale del negozio dalla *lex*. Chiude la classificazione l'*officium iudicis*, come valvola di sfogo del sistema, delega al giudice per la realizzazione di quel *bonum et aequum* che permea l'intima struttura del contratto.

Lo sforzo definitorio è sicuramente maggiore rispetto alle *distinctiones* precedenti. Attraverso questi tre momenti — certo non delimitati con sicurezza, tanto da essere coincidenti in taluni punti — il giurista medievale tenta di percepire la complessità funzionale dei contratti *bonae fidei*, offrendo una prima razionalizzazione della loro struttura di tutela, fatta per estendersi anche a quanto non sia stato oggetto di pattuizione fra le parti.

I problemi dati dalla determinazione del risarcimento per l'infrangimento di un regolamento contrattuale in cui si versa solo ed esclusivamente ciò che è stato espressamente pattuito dalle parti sono assai diversi. È così che l'*interesse* che deriva da contratti *stricti iuris* dà luogo ad altre distinzioni:

« In strictiis iudiciis tum ratio[ne] temporis tum loci id quod interest spectatur » ⁽³²⁾.

Nel caso dei contratti *bonae fidei* l'isolamento della norma di derivazione dell'*id quod interest* (la *natura contractus*, la *natura actionis* o l'*officium iudicis*) porta automaticamente a determinarne l'importo. Non così nel caso opposto. L'analisi casistica condotta dal giurista medievale isola due modelli fondamentali, che tentano di risolvere il problema della quantificazione dell'interesse, in una prospettiva necessariamente slegata dal punto della sua derivazione.

L'interesse spetta così *ratione temporis*, poiché:

« post litem autem contestatam omnes utilitates veniunt, set non ultra duplum ipsius rei debet extimari, et si aliquid promissum est immoderate propter penam, et illud est coartandum, quia hee demum penae exigende sunt que competenti moderatione promisse sunt » ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 9.

⁽³³⁾ SUMMA TRECENSIS, ult. loc. cit.

La *litis contestatio* rende esigibili tutte le prestazioni accessorie stipulate dalle parti per il caso dell'inadempimento dell'obbligo principale: il problema non risiede più nella determinazione esatta dell'interesse, quantificato *ex ante* dalle parti con la clausola penale, ma quello di rendere congrua tale *petitio* ai limiti espressi nel testo romano. La stessa esigenza si esprime nell'ipotesi in cui l'interesse interviene *ratione loci*:

« Cum vero per arbitrariam aliquid debeatur, veluti quod certo loco promissum est, hic iudex utilitatem utriusque exstimare debet: ubi prestandum est non solum [*dampnum*] set etiam lucrum quod petitor facturus erat, si ea res ei loco suo data fuisset, veluti si negotiator fuit et ex mercibus negotiari potuit »⁽³⁴⁾.

Il luogo della prestazione è parte integrante dell'obbligo principale, come pattuito fra le parti; l'adempimento in un luogo diverso importa quindi non solo un danno emergente, ma anche la necessità di dover computare l'ipotesi del lucro cessante. Anche qui, dunque, il problema della commisurazione dell'interesse non è tanto legato alla sua determinazione, quanto al suo limite massimo. Notiamo qui lo stesso fenomeno che abbiamo potuto rilevare nella diarchia tra *interesse circa rem* e *extra rem*: la traduzione in un criterio autonomamente isolato dal giurista medievale dell'unica distinzione sulla quale è organizzato il testo romano, quella tra ipotesi certe e incerte nella *quantitas*. Ne troviamo ulteriore dimostrazione nella parte finale dell'apparato della *Summa*, che ripropone — dopo aver tratteggiato altre *distinctiones* che qui non interessano⁽³⁵⁾ — parte del ragionamento originario, saggiandolo sotto un diverso profilo⁽³⁶⁾.

(34) SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 10.

(35) Segnatamente quelle relative alla responsabilità extracontrattuale: « In maleficiis id quod interest prestatum et circa rem et extra rem, ut in lege Aquilia ». SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 11.

(36) Seguendo le altre distinzioni tratteggiate sommariamente nell'*incipit*, come lo abbiamo sopra riportato. L'interesse può così rilevare *in lucro* e *in damno*; *ex conventionem* come *ex natura actionis*. La posizione di questi criteri rappresenta gli stessi casi sopra esaminati: « In lucro: veluti in arbitrariis. Lucrum enim quod petitor ex negotiatione facere potuit, si res suo loco date essent, exstimandum est... In damno: veluti si quis familiae meae

La distinzione tra fattispecie *bonae fidei* e *stricti iuris* viene riportata all'interno della diarchia fra l'interesse che deriva *ex conventione* e *ex natura actionis*. Il primo caso ricorre in entrambe le specie di contratti ⁽³⁷⁾; il secondo solo nelle fattispecie che, per diritto romano, sono incerte nella *quantitas vel natura*:

« Ex natura accionis quod interest prestatur et in bone fidei iuditiis et in aliis incertis actionibus » ⁽³⁸⁾.

Una notevole differenza separa l'azione *ex fide bona* dalle altre azioni incerte:

« Late quidem in bone fidei [*iudiciis*] spectandum est, etsi de eo nichil cogitatum neque actum inter contrahentes sit. In cunctis accionibus aliis non tantum late extimatur, set secundum naturam conventionis existimandum est, ita ut ultra duplum rei nullo modo extimetur. » ⁽³⁹⁾.

L'esigenza di determinazione dell'interesse espressa dalla costituzione giustiniana attraverso la diarchia fra fattispecie *certae* e *incertae* si ritraduce in questo criterio autonomamente individuato dai glossatori. Esso, nell'architettura di questo primo apparato, rappresenta l'unico spazio di rilevanza della struttura contrattuale per la definizione dell'*id quod interest*.

persuaserit, ut de possessione cederet, quo factum damnum michi accidit, tenetur quidem ad id resarciendum ». SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 12 e n. 13.

⁽³⁷⁾ « Ex conventionem extimatur et in bonae fidei iudiciis et in stricti iuris iudiciis. In bone fidei, veluti si servum michi vendidisti et convenit ut aliquid facerem, penam promisi: peti enim pena potest non solum actione ex vendito secundum formam pacti, sed etiam actione ex stipulatu... in strictis iuditiis, veluti si ob causam dedi, vel donavi ut aliquid faceres et, si non fecisses, penam promisisti, teneris quidem de pena stipulatione tantum, vel conditione de eo repetendo quod dedi. ». SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 14. Le ipotesi, eguali quanto alla derivazione dell'interesse, procedente dall'accordo delle parti che si è estrinsecato in una clausola penale, rimangono soggette a due diverse strutture di tutela. Nel caso della *bona fides*, ascrivendo integralmente lo schema dei patti accessori che, presso i glossatori più tardi, darà luogo al *vestmentum cohaerentia contractus*, la pretesa alla pena può costituire oggetto tanto dell'azione concepita per la sanzione dell'intero regolamento (*actio empti*), tanto di un'azione specifica per il soddisfacimento esclusivo di questa singola pretesa (*actio ex stipulatu*).

⁽³⁸⁾ SUMMA TRECENSIS, VII, 31, *de interesse*, n. 15.

⁽³⁹⁾ SUMMA TRECENSIS, ult. loc. cit.

3. *L'inizio di una concezione sistematica dell'interesse.*

3.1. *Il mutamento di prospettiva: interesse conventum, commune, singulare.*

L'apparato che abbiamo appena considerato è la prima grande architettura concettuale sull'*id quod interest*. In esso, che si ritrova eguale nella *Summa Codicis* di Rogerio, possiamo rappresentare il pensiero della prima *aetas* dei glossatori. La concezione di interesse che risulta da questo sforzo definitorio è in pieno accordo con quell'atteggiamento interpretativo sul piano degli effetti contrattuali che prima abbiamo definito *monista*, sottolineandone l'incapacità di svolgere un ragionamento per tipologie.

Un'affinità percepibile considerando innanzitutto i metodi con i quali la nozione di *id quod interest* viene studiata dai primi *doctores*. Questi, come abbiamo visto, se hanno certo il merito di foggiare autonomamente delle categorie attraverso cui tentare di scindere questo granitico concetto, comprenderlo all'interno del proprio sistema di valori tecnici, pure isolano delle *distinctiones* fortemente incongruenti. Su tutto impera un approccio casistico, fatto per recuperare dal *Corpus Iuris* tutti i casi in cui l'*id quod interest* è predicato di un ruolo, per riunirli in aree concettuali svincolate per principio da una prospettiva sistematica.

La principale conseguenza risiede nel fatto che l'interesse viene definito prescindendo completamente dalla parallela definizione delle strutture contrattuali dalle quali pure deriva. In estrema sintesi, né l'*id quod interest* può gettare luce sul problema del contratto, finché ci si muove all'interno del frammentato pelago delle *distinctiones* dei primi glossatori, né la ridottissima consapevolezza analitica sulla struttura del contratto può portare ad una definizione organica dell'interesse.

Questo quadro è destinato a cambiare radicalmente se analizziamo gli apparati dei glossatori successivi. Un percorso certamente non lineare, in cui si distinguono momenti di brusco superamento dei criteri precedenti e fasi in cui sembrano convivere tanto le vecchie quanto le nuove distinzioni. Ne ricaviamo un primo esempio dalla dottrina di Piacentino.

La scarna rubrica dedicata all'interesse nella *Summa Codicis*

propone un'architettura di *distinctiones* molto meno articolata di quella fatta propria dalla dottrina precedente. Due divisioni organizzano il tutto:

« Si quando interesse petitur, et petitor instat ut sententia pro interesse feratur, iudex debet dispicere, utrum ne agatur ex delicto, vel ex negotio. Item si ex negotio utrum contracto certo, incertove. » ⁽⁴⁰⁾.

Già dall'*incipit* abbiamo modo di notare il diverso approccio sistematico verso tale materia. La pluralità di distinzioni parallele, propria della *Summa Trecensis*, tale da configurare delle classi spesso coincidenti fra loro in più punti, lascia il passo al prodromo di una struttura definitoria fortemente verticale, organizzata per distinzioni successive. Ne costituisce prova la distinzione tra interesse precedente *ex delicto* e *ex negotio*, che erge a *magna distinctio* ciò che prima si trovava immerso nella indistinta moltitudine di criteri: la differenza tra illecito contrattuale e extracontrattuale.

Al di sotto di questo primo livello organizzatorio, non troviamo alcun riferimento ai criteri cari alla dottrina precedente, alcun rimando all'*interesse circa rem* e *extra rem*, o a quello *loco rei* e *loco poenae*. Tutte le esigenze sistematiche vengono affidate alla diarchia fra contratto certo e incerto, recuperata dal testo romano. Il tentativo definitorio di Piacentino si esprime, difatti, di stretta conserva alla struttura della *l. Cum pro eo*, riprendendone l'istanza fondamentale, volta alla esatta commisurazione dell'*id quod interest*, lontana ogni tentazione di delimitarne il concetto.

In tal senso, Piacentino non offre alcuna definizione della nozione di contratto certo o incerto:

« Si ex incerto, damnum quantumcunque fuerit aestimabitur, et de eo sententia certa in pecuniam quoque certam pronuntiabitur: quia in hoc maxime casu, quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit. » ⁽⁴¹⁾.

Della fattispecie incerta ci viene soltanto enunciato il regime di

⁽⁴⁰⁾ PIACENTINO, *Summa Codicis, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, p. 349 v.

⁽⁴¹⁾ PIACENTINO, loc. ult cit.

computazione dell'*id quod interest*, che in questo caso si estende alla totalità del danno subito dalla parte, senza alcuna limitazione *ex ante*. L'unico spunto definitorio risiede nel qualificare la questione circa l'interesse come giudizio sul fatto, che attende di essere reso certo nella quantificazione monetaria del risarcimento. Altri lati della realtà dell'*id quod interest* che precedentemente animavano distinzioni autonome, sono ora semplicemente elencate in una enumerazione puramente casistica, poste in secondo piano rispetto al criterio principale ⁽⁴²⁾.

Anche la figura del contratto certo non riceve altro che dei radi spunti definitori, assai lontani dal fornire una razionalizzazione organica del concetto:

« Ubi vero agitur ex contractu certo, id est continentem certam speciem, quam Imperator vocat certam quantitatem, interesse ultra duplum non aestimabitur, nec sententia in amplius dabitur: excipitur, nisi is puta qui vendidit, vel locavit dolo laboraverit. ».

Si nota qui un primo sforzo del giurista di definire la certezza del contratto, traducendo l'elemento dato dal testo, la *quantitas*, nel diverso concetto di *species*. Un tentativo senza conseguenze, calato in una disamina che ha come oggetto precipuo sottolineare il limite di computazione del risarcimento. Questo si atteggia in modo diverso, nella dottrina di Piacentino, a seconda del grado del dolo esplicito dalla parte inadempiente. Si distinguono così due campi di ipotesi, sul criterio dato dall'incidenza *ab initio* (durante la conclusione del contratto) o *ex postfacto* (durante la fase di esecuzione) dell'agire fraudolento. Nella prima area concettuale si riuniscono quei casi in cui la responsabilità contrattuale deriva dalla non conformità della prestazione eseguita con quella pattuita e che venivano esposti dall'apparato precedente facendo ricorso al concetto di *natura contractus* ⁽⁴³⁾. La seconda è per noi più interessante:

⁽⁴²⁾ « Verum licet interesse dicatur eius qui damnus passurus est regulariter, non eius qui lucrum factururus est: attamen interdum et lucri ratio habetur, in actione bonae fidei, tutelae, pute et locati... In actione quoque arbitraria etiam lucri ratio habetur... ».

⁽⁴³⁾ « Ab initio, si conscius quis vendidit animal morbosum, tignumque viciosum. Quippe si grex etiam mille capitem perierit, domusve mille marcharum corrui, in

« Item de dolo contingente ex postfacto. Venditor condemnabitur ultra duplum si nolit tradere id, quod a se est venditum: verbi gratia, si singulare interesse, id est singulare rei pretium ultra duplum communis pretii coniunctive processisse deprehenditur, eo tempore quo iudicium agitur ».

L'apparato della *Summa Trecensis* aggirava sostanzialmente il problema della commisurazione dell'interesse derivante dall'inadempimento dell'obbligazione del venditore. Piacentino, al contrario, lo affronta direttamente, ammettendo il risarcimento *ultra duplum*. Non per questo la compravendita diviene automaticamente un contratto incerto; la razionalizzazione di questa ipotesi procede da una base argomentativa diversa. Il compratore può agire non solo per il valore comunemente avuto dalla cosa di cui gli viene negato il possesso, ma anche per quel valore *singulare* che rappresenta il suo interesse ad avere quel determinato bene. Il risarcimento deve essere computato sommando le due valutazioni e può superare anche il limite del doppio del valore mercuriale.

Una dottrina che è interpretazione autonoma del giurista medievale di un fondamentale inciso della *l. Si res vendita*, testo cardine, come abbiamo visto, del dibattito sulla sanzionabilità degli effetti della compravendita. Dopo aver sancito nell'*incipit*, che è stato già sopra riportato, che il venditore inadempiente viene condannato « *in id quod interest. Hoc est, quod rem habere emptoris interest* », il testo aggiunge che:

« Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris intersit, quam res valet, vel empta est. »⁽⁴⁴⁾.

Dalla differenza, posta dal testo, tra il valore intrinseco della cosa, quello derivante dal prezzo di vendita e il *quid pluris* che il possesso della cosa rappresenta per l'acquirente, si trae la tripartizione del prezzo in *commune*, *conventum* e *singulare*. Questo spunto

tantum venditor conscius condemnabitur: Sed si nescisset, actione quanto minoris duntaxat conveniretur. Porro qui vendidit servum furem, si fuerit conscius, omnino tenebitur: ignarus, licet secus sit in fugitivo, in nihilum urgebitur... ».

⁽⁴⁴⁾ *L. Si res vendita ff. de actionibus et obligationibus*. (D. 19, 1, 1).

fornisce il punto d'inizio all'apparato di Azone, in cui i nuovi criteri trovano esiti maggiormente sistematici, la cui gran parte troveremo esplicitata in seguito nella *Glossa* accursiana:

« Videamus ergo generaliter de omni interesse in quantum praetendatur. Sciendum est igitur quod interesse aliud est commune, aliud conventum, aliud singulare...Ad idem tendit si dicas precium aliud commune, aliud conventum, aliud singulare. » ⁽⁴⁵⁾.

Azone supera immediatamente la differenza tra *id quod interest* e *pretium*, presente tanto nell'apparato dei primi glossatori quanto nella tesi piacentiniana; la tripartizione fra interesse *conventum*, *commune* e *singulare* fornisce la chiave di organizzazione di tutto il suo apparato, secondo una particolare modalità argomentativa. Possiamo notare, difatti, come Azone destituisca di rilevanza i due primi termini della partizione, per condurre il cortice della sua *interpretatio* sul terzo. L'*interesse conventum* non sembra meritare, difatti, un grande sforzo analitico:

« Et quidem in precio vel interesse convento non est hesitatio quia id sicut conventum est debet praestari nisi dolus alterius partis intercessissem... ».

In quanto oggetto di previa valutazione consensuale delle parti, esso non determina problemi rilevanti, né circa il computo, né per quanto riguarda la sanzionabilità. Appena maggiore risulta l'attenzione verso l'*interesse commune*:

« Sed et commune interesse sine dubio in solidum est praestandum. In contractibus et delictis regulare est ut extimetur et in delictis semper in contractibus plerumque extimatur ».

Tale valutazione dell'*id quod interest* appare l'ipotesi normale di commisurazione del risarcimento per danno extracontrattuale e

⁽⁴⁵⁾ AZONE, *Summa Codicis, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, p. 283.

quella che può comprendere la massima parte dei casi di illecito contrattuale, con una significativa eccezione:

« Plerumque ideo dixi quia hoc fallit in venditione, ut ff. de actionibus empti et venditi lex prima et si alias paciscuntur partes de singulari interesse et ita quod singulare interesse non petitur nisi ubi conventum est. Item ubi res vendita non traditur item ubicumque iuratur in litem verum tamen tunc cum iuratur in litem non dico singulare interesse extendi vel non extendi ultra duplum cum illud moderari ad officium iudicis pertineat ».

Nel caso della compravendita la parte lesa dall'inadempimento del venditore non deve essere risarcita soltanto nel valore che la cosa oggetto del contratto ha per comune valutazione, ma in quello che tale oggetto assume nell'individualità della fattispecie concreta: l'interesse *singulare* ⁽⁴⁶⁾. Questo tipo di valutazione, al contrario, non può essere applicato all'inadempimento risultante da un contratto diverso, a meno che ciò non sia stato convenuto anticipatamente dalle parti. Ulteriormente, nel caso della compravendita, l'interesse *singulare* non è oggetto di una limitazione legale, essendo lasciato alla libera determinazione da parte del giudice.

3.2. *Conseguenze dogmatiche. Contratti certi e incerti.*

La tripartizione dell'*id quod interest*, costruita in tal modo, è in grado di apportare significative novità nel quadro dogmatico. Innanzitutto sulla disciplina degli effetti della compravendita. Le prime *dissensiones* ponevano la questione circa l'alternatività tra

⁽⁴⁶⁾ Cerchiamo di riassumere in questa definizione la specificità dell'interesse *singulare*, desumendola dal contesto di fonti che, pure, evitano regolarmente di darne una propria, a differenza di quanto fanno per l'interesse *commune* e *conventum*. AZONE tratta sempre dell'interesse *singulare* delimitandolo sul punto della quantificazione, come quell'interesse che può essere richiesto anche *ultra duplum communis*. Questa tendenza rappresenterà una costante fondamentale di tutti gli apparati successivi. Si noti, a tal proposito, la GLOSSA « *intersit* », in l. *Si res vendita ff. de actionibus empti et venditi*: « Hic nota triplex interesse ex hac lege, conventum, ut pretium quod convenit. Item commune, ut quantum res communiter valet. Item singulare quod excedit utrumque aliorum... ». L'interesse *singulare*, che pure costituirà la regola principale sulla quale misurare le dottrine dei glossatori sull'intera problematica dell'*id quod interest*, viene costruito come eccezione rispetto ai modelli dell'interesse *commune* e *conventum*.

prestazione della cosa e dell'interesse, partendo dall'ipotesi, pur non esplicitata, dell'interesse *commune*, ossia di un risarcimento del valore di mercato della cosa oggetto di compravendita. In questi termini, la regola dell'alternatività, preponderante nelle fonti romane, dava luogo ad un comprensibile paradosso. Il venditore che, riscosso il prezzo, pure non volesse adempiere alla tradizione della cosa sarebbe stato condannato, nella sostanza, alla restituzione di quanto appreso (47). La regola dell'interesse *singulare*, la cui commisurazione eccede per principio quella ottenibile con gli altri criteri e che può essere limitata solo sulla base del prudente apprezzamento del giudice, muta radicalmente l'assetto obbligatorio del contratto, imponendo al venditore inadempiente una prestazione alternativa squilibrata rispetto a quella naturale, tale da importare comunque un *quid pluris* di sanzione.

Nel sistema di Azone, l'interesse *singulare* si configura quindi come quella valutazione del risarcimento chiamata a tenere indenne la parte lesa da ogni conseguenza derivante dal comportamento *contra ius* dell'avversario (48). Da essa procede la seconda, significativa, innovazione dogmatica rispetto agli apparati precedenti. L'obbligo di prestare l'*interesse singulare* congiuntamente all'interesse *commune* non risulta difatti da ogni fattispecie contrattuale; seguendo questa linea argomentativa Azone determina in modo autonomo la distinzione tra contratti *certi* e *incerti*:

(47) Il che rappresenta l'interesse *conventum*, il valore espresso nel prezzo. Salvo il caso di una pattuizione preventiva per corrispondere un risarcimento maggiore, come nel caso della clausola penale, una valenza sanzionatoria del risarcimento si realizza, se si rinuncia al criterio dell'interesse *singulare* per far perno solo sulla valutazione data da quello *commune*, solo nel caso in cui il prezzo di vendita sia stato inferiore al valore di mercato del bene.

(48) Basti considerare il problema della computabilità del lucro cessante, collocato sparsamente negli apparati precedenti e che trova ora una sistemazione organica in questa valutazione dell'interesse: « Sed et quandoque extimatur in lucro, scilicet in casibus his legibus notatis, puta si agitur arbitraria actione pro eo quod loco certo promissum est, vel agitur locati et conducti, vel agitur ex stipulatione ratam rem haberi, vel agitur actione tutelae, vel agitur lege aquilia, vel agitur interdicto ne quid in loco publico fiat... lex tamen huius tituli quasi regulam videtur tradere quod interesse debeat considerari et in lucro et in damno. ». Il lucro cessante può essere considerato ai fini della commisurazione del risarcimento nei casi in cui la *lex* ammette la parte lesa a richiedere quell'*interesse singulare* che consiste tanto *in lucro* quanto *in damno*.

« Singulare autem interesse sic ubi prestandum sit non semper prestat in solidum. Distinguitur enim utrum quis debeatur mihi ex contractu certo id est ex eo quod continet certam quantitatem ut quantitatis appellatione quelibet res singularis contineatur... vel naturam id est speciem puta hominem in genere promissum tradi »⁽⁴⁹⁾.

Il contratto è *certo* allorché ha per oggetto una *certa quantitas* o una cosa individuata specificamente; è altresì *certo* se la sua prestazione è comunque identificata in una traslazione di possesso, anche se la cosa da prestare sia individuata solo nel genere. In questo caso, il calcolo dell'*id quod interest* deve rispondere a precisi limiti:

« Si ex contractu certo mihi quid debeat tradi et lex dicat interesse meum singulare prestandum sicut dicitur in venditione, ut ff. de actionibus empti et venditi lex prima et si rei traditio non fiat interesse meum singulare prestabitur mihi ab adversario et quidem totum si duplum continet vel minus duplo, ultra vero non porrigitur ».

Nei contratti *certi* il risarcimento si compone del valore comunemente assunto dalla cosa, integrato dal maggior danno subito dalla parte lesa, nei casi in cui questo cumulo è ammesso e, comunque, non può essere liquidato in misura superiore al doppio dell'*interesse commune*. Sul punto del limite alla valutazione si ottiene la distinzione tra queste fattispecie e quelle che danno luogo ai contratti riuniti nella categoria opposta.

Il contratto è *incerto*, difatti, quando ha per oggetto un *facere*:

« ex incerto id est ex eo quod consistit in facto ut facti nomine etiam sese quis non facturum promisit contineatur »⁽⁵⁰⁾.

La disciplina del profilo risarcitorio, per questi casi, non subisce limitazioni nel *quantum*:

« Si vero ex incerto contractu petatur interesse singulare prestabitur in solidum quantumcumque sit »⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit.

⁽⁵⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit., p. 283.

⁽⁵¹⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit., p. 284.

Tracciando in questo modo i limiti reciproci delle due tipologie di interesse, Azone disegna la differenza tra ipotesi *certe* e *incerte* in modo assai diverso rispetto al testo romano. Questo tracciava la distinzione sul punto della *quantitas certa* e riportava conseguentemente tutti i casi di illecito contrattuale sul lato delle fattispecie *certe*, poiché l'oggetto del contratto assicura per definizione la possibilità di dare esatta determinazione al risarcimento per la sua mancata prestazione. Il dominio esclusivo dell'*incertum* si esercita sul lato della responsabilità extracontrattuale, che deriva da un fatto di cui non si può valutare *ex ante* la natura e le conseguenze.

Il giurista medievale, al contrario, isola autonomamente un criterio che riporta la realtà della distinzione nell'alveo di suo maggior interesse, quello dei contratti, dando luogo ad una disciplina estremamente complessa, nella quale il problema della quantificazione del risarcimento si unisce indissolubilmente alla valutazione strutturale della fattispecie contrattuale dalla quale deriva. Il criterio del testo romano, la *quantitas*, presuppone risolta la questione della certezza o meno del titolo da cui risulta l'obbligo di prestare *l'id quod interest*.

Il criterio di Azone si basa, all'opposto, sulla qualità della prestazione che, inadempita, dà luogo al risarcimento. In questo modo, la determinazione dell'interesse non può essere condotta altro che determinando il ruolo che quest'elemento assume all'interno della struttura di tutela complessiva di una data fattispecie negoziale. È questo il senso della distinzione con la quale si chiude l'apparato azoniano:

«Ex praedictis patet distinguendum esse quod ubi factum est in obligatione potest agi ad factum vel ad interesse»⁽⁵²⁾.

Nel caso di un contratto *incerto*, poiché centrato su una prestazione in *facere*, la struttura di tutela si attegga nel senso di una perfetta alternativa tra la pretesa alla prestazione del fatto e quella al

(52) AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit. p. 284.

risarcimento in equivalente. L'azione può avere ad oggetto l'una o l'altra, sulla base della scelta dell'attore ⁽⁵³⁾.

Il caso contrario, centrato sul *tradere*, si fonda su una regola diversa:

« Ubi autem speciem tradi est in obligatione non potest praecise reus compelli ad interesse liberatur non rem praestando sed tamen sive agatur ad interesse principaliter sive agatur ad rem et quia ea non praestatur petitur interesse non excedet duplum ut dictum est. » ⁽⁵⁴⁾.

In questa struttura, l'attore chiede l'adempimento del contratto, ossia la prestazione principale fondata sulla *traditio rei*, indipendentemente dal fatto che egli foggia l'atto introduttivo del processo sulla pretesa alla cosa o chieda direttamente la corresponsione dell'equivalente. L'alternatività fra le due prestazioni è quindi di un grado diverso rispetto all'ipotesi *incerta*, poiché essa si realizza in giudizio, allorché il venditore inadempiente manifesta la sua scelta di corrispondere il risarcimento piuttosto che la cosa.

In questo modo, Azzone collega pienamente il problema dell'*id quod interest* alla struttura del contratto da cui deriva, facendone uno strumento per la misurazione della sua struttura degli effetti. La migliore dimostrazione è in un terzo caso, facente parte del novero delle ipotesi certe:

« Ubi autem rem dari est in obligatione numquam petitur interesse nisi in contractibus innominatis ut notavimus supra de rerum permutatione in summa § venit, scilicet omnino quoquo modo dicitur rem fieri eius cui debetur... et hoc sive ex contractu sive ex quasi contractu vel ex delicto vel quasi delicto rem dari sit in obligatione sed et si ex eis rem tradi vel interesse sit in obligatione eadem erunt servanda quae superius diximus. ».

Allorché la prestazione consiste in un *tradere*, lì abbiamo la subordinazione tra due obbligazioni, quella *ad rem* cui può succe-

⁽⁵³⁾ Di regola, il diritto di scegliere fra l'una e l'altra spetta all'attore, con qualche eccezione: « Et habet plerumque actor electionem sicut et in stipulatione de opere demolendo si apparuerit iniuria edificatum... Et quandoque reus habet alectionem ut in cautione procuratoris rei... » AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit., p. 284.

⁽⁵⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. ult. cit. p. 284.

dere, nel caso di inadempimento, quella *in id quod interest*; se la prestazione è qualificata in *dare*, cosa che risulta dal contenuto normativo tipico di un contratto (o dalla disciplina tipica di determinati casi di quasi contratto, delitto o quasi delitto), l'obbligazione è una e una sola, quella *ad rem* e non si ha il rimedio alternativo dell'*id quod interest*.

4. *La piena realizzazione dell'interesse come strumento per la tipologia delle fattispecie.*

4.1. *Il pieno sviluppo del concetto di interesse singolare.*

L'argomentazione di Azzone costituisce la base per tutte le elaborazioni successive. I capisaldi edificativi della sua dottrina sono tradotti all'interno di apparati sempre più articolati, ma rimangono sostanzialmente invariati dalla speculazione successiva. La *Glossa Magna* e Odofredo accettano sia il primo cardine della dottrina azoniana, la tripartizione dell'*id quod interest*, sia il secondo, la ragione del distinguere tra fattispecie *certe* e *incerte*.

Il loro apporto specifico alla questione risiede, secondo una costante interpretativa che abbiamo già notato in altra materia, nel fornire una maggiore ricchezza di argomentazione, che condurrà a radicare più profondamente i nessi concettuali tra il problema del risarcimento e quello della struttura contrattuale. Il dato significativo delle dottrine successive non risiede tanto nella diversa risoluzione di taluni punti specifici, ma nella riformulazione organica della struttura degli apparati. Delle definizioni passate, che costituivano la sparsa configurazione delle dottrine della *Summa Trecensis* e di Rogerio, molte non vengono più citate, altre lo sono appena, ed in una prospettiva che tende ad armonizzarle, per quanto possibile, con i nuovi parametri.

La ricerca di un criterio il più possibile unitario, sotto il quale organizzare sistematicamente i diversi profili dell'*id quod interest*, porta i glossatori più tardi a valorizzare maggiormente il profilo della struttura del regolamento negoziale più che quello della commisurazione del risarcimento.

Quest'ultimo punto non costituisce più un problema per questi *doctores*, che accettano integralmente e senza alcuna argomentazione

particolare la distinzione dell'*id quod interest* propria delle opere precedenti:

« Et nota triplex interesse, ut supra dixi, scilicet conventum, commune et singulare. Primum semper venit cum dicit praetor: pacta conventa servabo. Item secundum semper venit in maleficiis, ut consideretur etiam extra rem... et in contractibus, et quasi... In quo communi venit ad damnum, non lucrum... nisi in casibus, quos iam notabis. » ⁽⁵⁵⁾.

L'interesse *conventum*, il primo gradino della scala, certo e determinato per definizione nel prezzo sul quale le parti si sono accordate al momento della conclusione del negozio, è sostanzialmente sottratto all'opera di interpretazione del giurista. Evidente in sé stesso, esso ha l'unica funzione di dare inizio alla partizione, mostrando il primo grado possibile di interesse. Pochi problemi dogmatici vengono posti a carico dell'interesse *commune*, che rappresenta l'unico spazio di razionalizzazione dell'illecito extracontrattuale, come ci mostra il testo sopra riportato.

È l'interesse *singulare* ad attirare le esigenze definitorie dei glossatori. Esso non viene più inteso come valvola di sfogo di un sistema centrato sul valore mercuriale della prestazione inadempita, ma come concetto nel quale si realizza la vera sostanza dogmatica dell'*id quod interest*:

« Est etiam singulare interesse, quando plus interest mea habere quam alterius, ecce, paupertate coactus vendidi tibi librum: postea factus dives emi a te librum: et ille liber valet communiter quindecim. Solvo tibi precium tu non tradis mihi librum: convenio te ad meum interesse. » ⁽⁵⁶⁾.

Esso concentra in sé il vero significato di *id quod interest*, che non può essere rappresentato né dal prezzo di vendita della cosa, né dal suo valore comune. Piacentino, come abbiamo, visto, nell'isolare i tre lati dell'*id quod interest* parlava di *tria rerum pretia*; Azzone li parificava tutti nel concetto di *interesse*. I giuristi successivi, invece,

⁽⁵⁵⁾ GLOSSA « Dupli » in l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur.

⁽⁵⁶⁾ ODOFREDO, ad l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest proferuntur, n. 8.

riportano su questa nozione soltanto l'interesse *singulare*, il *quid* che rende specifica una determinata prestazione per un determinato soggetto, per lasciare al concetto di *precium* gli altri ⁽⁵⁷⁾.

Sulla base di questa sostanziale ridefinizione della partizione tradizionale, sia la Glossa che Odofredo edificano questo tipo di interesse a unico oggetto della rubrica del *Codex*:

« Et nota quod triplex dicitur interesse: conventionale, commune, singulare. De singulari loquitur haec lex, convenit et praestatur conventum similiter et singulare, sicut hac lege comprehensum est. » ⁽⁵⁸⁾.

Una rilettura della costituzione giustiniana che risulta utile per dirimere antiche questioni circa il computo del limite massimo di esperibilità del risarcimento ⁽⁵⁹⁾, come anche del concorso del lucro cessante ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ Basti osservare la definizione di interesse conventum resa da ODOFREDO: « Conventum autem interesse est precium rei: de quo inter vendentem et ementem convenit: ut si vendis mihi rem pro decem solui decem et non tradis: petam conventum interesse si volo, et petitur quantumcumque sit: quia praetor ait pacta servabo ut ff. de pactis l. iurisgentium § ait praetor et quia contractus legem ex conventionem accipiunt ». ODOFREDO, *ad l. Cum pro eo*, cit., n. 8.

⁽⁵⁸⁾ È il *casus* alla *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*, nella GLOSSA MAGNA.

⁽⁵⁹⁾ In particolare, sia la GLOSSA che ODOFREDO se ne servono per combattere l'antica distinzione tra interesse *circa* e *extra rem*, riferita ad un'opinione attribuita a BULGARO e MARTINO che ritenevano, nel caso di inadempimento dell'obbligazione del venditore, che l'interesse del compratore non potesse essere richiesto oltre il doppio del valore comune della cosa venduta, basandosi su alcuni passi del titolo *de actionibus empti et venditi*: « Respondebant B. et M. quod illa dicit de interesse extra rem: hic circa rem, quod non placet, cum magis interesse quod est circa rem deberet excedere duplum, quam illud quod est extra rem ». La risposta della glossa accursiana svuota di significato l'antica distinzione, affermando che nel caso della compravendita, deve essere preso in considerazione l'interesse *singulare* del compratore: « Tu dic quod nullo modo sunt contra: quia duae dictae leges dicunt de communi interesse, quod quantumcumque est, totum petitur: hic de singulari: et dictum commune si petatur: quia res non traditur non consideratur extra rem... Si autem quia male traditur, vel quia ipse venditor postea eam evincat, vel alius: vel quia postea ea deliquit totum petitur et extra rem ». GLOSSA « Dupli » in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

⁽⁶⁰⁾ « et est interesse singulare rei pretium: vel est damnum emergens et lucrum cessans: eo quod non fit, quod fieri convenit » *Casus in l. Cum pro eo*, cit.

Essa porta con sé una conseguenza sistematica di grande momento:

« Vel dic sic casum, cum agitur ad interesse singulare, refert an agat ex certo contractu, an incerto. Primo casu non debet id interesse excedere duplum interesse communis. In secundo casu debet praestari quantum id sit, ita ut non extendatur in infinitum: sicut ex poena conventionalis certo fine concluditur, et similiter et legalis: nec ultra eas aliquid peti potest: sic et interesse singulare, certo termino debet concludi et haec sunt observanda tam in lucro, quam in damno: quia in lucro quod petitur, versatur interesse » (61).

Il fulcro di ogni analisi circa la problematica dell'*id quod interest* non è più la commisurazione del risarcimento, ma l'individuazione del suo titolo nella certezza o meno del contratto. La regola per il calcolo dell'equivalente non è in discussione, restando fermo il principio che, nelle fattispecie *certe* esso non può superare il doppio del valore comune della cosa e in quelle *incerte* viene lasciato ad un apprezzamento da parte del giudice che deve comunque giungere ad una determinazione ferma, *propter infinitatem vitandam* (62).

Ogni questione circa l'interesse si sposta quindi sulla necessità di determinare la differenza specifica tra le fattispecie *certe* e *incerte*. Una distinzione che non può essere costruita altrimenti che valutando le fattispecie sul piano strutturale, misurando il ruolo specificamente assunto dall'interesse nella tutela di ciascuna.

Alla *lex Cum pro eo*, nella parte in cui elenca i casi in cui l'*id quod interest* non può essere computato *ultra duplum*, ponendovi tutti i contratti, la glossa appone questa *limitatio*:

« Sed qui sunt hi? Responde illi in quibus dicit lex singulare interesse venire et certitudinem continet secundum quosdam. Sed certe imo, et si lex

(61) *Casus in l. Cum pro eo*, cit.

(62) « Or signori, in isto interesse ita dicetis, quia aut petitur ex contractu qui habet certam quantitatem vel naturam, et tunc iudex debet te condemnare usque ad duplum communis: non ad totum tuum interesse, ne in infinitum excedat, aut petitur interesse ex contractu incerto, qui non habet certam naturam vel quantitatem: et tunc petitur quantumcumque sit. » ODOFREDO *in l. Cum pro eo*, cit.

non dicat venire singulare interesse, si modo incertitudinem continent illi casus: ut haec lex dixit aperte... » (63).

Si compie quindi un primo risultato definitorio, già premesso dall'apparato azoniano: la distinzione tra casi *certi* e *incerti*, che la costituzione giustiniana crea potestativamente per distinguere tra illecito contrattuale e illecito extracontrattuale, viene riportata dal giurista medievale in via di interpretazione come criterio interno all'insieme dei contratti. Mentre gli apparati precedenti, tuttavia, compivano questa operazione distinguendo dei casi specifici, la *Glossa* isola una qualità specifica, la *certitudo*, sulla quale si concentreranno, d'ora in poi, tutti gli sforzi definitivi.

Questa cifra unitaria consente di porre in una rigida graduazione le ipotesi che Azone distingueva sul profilo della prestazione. La *Glossa* fa difatti della *certitudo* una nozione antagonista della presenza di una valutazione in *id quod interest*: in sintesi, possiamo affermare che il grado di certezza di una fattispecie contrattuale sia infatti inversamente proporzionale alla rilevanza dell'interesse *singulare*.

4.2. *L'id quod interest come criterio per la qualificazione delle fattispecie.*

Un'operazione di grande rilevanza sistematica. Notiamo difatti come il giurista medievale isoli da questa analisi i termini per una rilettura organica di concetti che non avevano, per diritto romano, alcuna relazione di mutua definibilità con l'*id quod interest*. L'opera di individuazione dei campi di ipotesi *certe* e *incerte* viene effettuata dalla *Glossa* ponendo in parallelo agli spunti dogmatici derivanti dalla *l. Cum pro eo*, quelli ricavabili da un'importante passo del Digesto, la *l. Ubi autem non apparet*, nella quale vengono esaminati i diversi tipi di *stipulatio*.

È sulla scorta di tale interpretazione sistematica che la *Glossa* riesce a porre in una relazione di grado le ipotesi già isolate da Azone.

(63) GLOSSA « *Contractibus* » in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

L'ipotesi connotata della maggior *certitudo* è difatti quella caratterizzata dalla prestazione *in dandum*:

« et alias ubicumque lex dicere: certam rem debere tradi ex contractu vel delicto, secus si diceret dari: quia tunc aliquod interesse non petitur: sed res omnino debet fieri stipulantis: ut ff. de verborum obligationibus l. ubi autem non apparet § fi. » (64).

In questo caso la fattispecie assume il più alto grado di certezza possibile, tanto da escludere la scelta per la complementare tutela in equivalente e, per alcuni, la configurabilità stessa dell'*id quod interest* (65). La prestazione determinata in *dare*, difatti, viene costruita dai glossatori in modo tale da importare l'obbligo di trasferire la proprietà di una cosa determinata, infungibile con altre prestazioni possibili.

Un significato specifico che il giurista assume dalla lettura parallela della *lex Ubi autem*:

« Haec stipulatio, fundum Tusculanum dari? Ostendit se certi esse continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo ».

La stessa *lex* pone il caso diametralmente opposto, quello in cui si riscontra il massimo grado possibile di incertezza:

« Quid id quod in faciendo, aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodi, domum aedificari, vacuum possessionem tradi » (66).

La *Glossa* traduce questo caso nei termini di una fattispecie in cui l'*id quod interest* può essere individuato nel suo grado più alto:

« In aliis autem casibus, qui incerti, ut si ibi contineatur factum, vel non factum, qui incerti sunt: ut ff. de verborum obligationibus lex ubi

(64) GLOSSA « *Contractibus* » in l. *Cum pro eo*, C. *de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

(65) L. *Ubi autem non apparet*, ff. *de verborum obligationibus* (D. 45, 1, 75).

(66) L. *Ubi autem non apparet*, cit.

autem § id quod et de regulis iuris lex qui non facit in quibus agitur ad factum, vel interesse: ut ff. de re iudicata lex si quis ab. § fi » (67).

L'obbligo a effettuare una determinata azione è incerto per sua natura, poiché è sempre ammessa la prestazione alternativa equivalente. Alternatività perfetta, poiché l'attore può chiedere, di propria libera scelta, o l'adempimento della prestazione o la corresponsione dell'*id quod interest*. Una costruzione i cui tratti vengono ricavati da testi assai diversi tra loro, segno della grande autonomia definitoria raggiunta dai glossatori più tardi.

L'opposizione tra il caso della *datio* e quello del *factum* si può giustificare nella sua particolare *ratio*, che dà conto della differenza nel regime del computo dell'*id quod interest*:

« Sed quare in incertis petitur totum, in certis non? Responde quia in certis facilius potest apparere commune interesse, et sic facilius, quod est eius duplum: at in istis non sic facile. Vel ideo: quia facilius est alicui facere quod convenit quam dare: cum difficulter quis de patrimonio det... et ideo mitius punitur in certis, scilicet ut ultra duplum non excedat. » (68).

Il segno dell'originalità della costruzione dei glossatori consiste nell'andare oltre questa rigida diarchia. Essi individuano un termine medio fra questi due estremi nel *rem tradere*. La *l. Ubi autem*, nella sua parte appena citata, pone tra le *stipulationes incertae* quella che ha per oggetto la *traditio vacuae possessionis*, contrapponendo questo caso a quello che abbiamo esaminato ancor prima, quello del trasferimento della proprietà, il *rem dare*.

Il giurista medievale, che interpreta la *certitudo* della fattispecie alla luce del ruolo assunto dall'interesse nella sua struttura di tutela, pone invece questo caso fra le ipotesi *certe*, pur se in un grado inferiore a quello dato dall'obbligazione determinata *in dandum*. Abbiamo già citato un passo che apparenta nella categoria della certezza l'ipotesi qualificata nel *tradere* e quella determinata nel *dare*;

(67) GLOSSA « *In aliis autem casibus* » in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

(68) GLOSSA « *Damnum* » in *l. Cum pro eo*, *C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*.

possiamo citare ora il *casus* apposto nella *Glossa Magna* alla *l. Cum pro eo*:

« Si Titius teneatur mihi ex aliquo contractu, aut ille consistit in dando, aut in tradendo: puta ex venditione ad tradendam rem vel ex locatione, aut faciendo. Primo casu si non fecit quod convenit, id est si non dedit vel tradidit, tenebitur mihi ad interesse, verbi gratia, puta interesse, seu pretium conventum fuit viginti, rei commune pretium fuit triginta, interesse meum singulare non excedet duplum communis interesse... »⁽⁶⁹⁾.

Il testo è chiarissimo nel porre l'affinità tra le prestazioni *in dandum* e *in tradendum*, e a tenerle di conseguenza distinte dall'ipotesi *in facere*, non già su una definizione che valuti questi termini ontologicamente, bensì attraverso il diverso regime dell'*id quod interest*.

In questo senso, il discrimine tra la *traditio* e la *datio rei* si pone nella diversa rilevanza dell'interesse. Nella fattispecie la cui prestazione è determinata in *dare*, l'*id quod interest* opera come equivalente subordinato, in una prospettiva pienamente risarcitoria del danno causato dalla condotta della parte inadempiente. Il contratto che ha, al contrario, per oggetto il *tradere rem*, vede l'*id quod interest* operare alternativamente, potendo l'obbligato liberarsi tanto con il trasferimento della cosa, quanto con la prestazione dell'equivalente monetario.

La distinzione tra *rei traditio* e *factum* risiede, invece, nella diversa costruzione dell'alternatività:

« Et ff. de verborum obligationibus lex quoties quis alium et est actoris electio, agat praecise ad factum, vel ad interesse: ut ff. de operis novi nuntiatio l. stipulatio § primo et § sive autem in fine et ff. de procuratoribus lex sed et hae in finem. Sed fallit in casu procuratoris rei: ut in eodem titulo lex non cogendum et hoc ubi factum est in obligatione. Si autem tradi non est electio actoris, sed rei: cum rem praestando liberetur ab interesse singulari, vel communi »⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁹⁾ *Casus in l. Cum pro eo, cit.*

⁽⁷⁰⁾ GLOSSA « *In aliis autem casibus* » in *l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur, cit.*

Nel caso delle obbligazioni in *facere* è l'attore a scegliere se chiedere l'adempimento della prestazione principale o quella dell'equivalente; in quelle determinate nel *rem tradere* questa scelta spetta al convenuto. Il diverso profilo di legittimazione porta a costruire diversamente la struttura obbligatoria delle due fattispecie. Nel primo caso la prestazione principale e quella alternativa possono essere eguali nel valore, stante la normale fungibilità del *facere* che, se non compiuto dall'obbligato può tuttavia essere adempiuto da un altro. La prestazione dell'equivalente monetario ha qui una funzione eminentemente risarcitoria, è il mezzo atto a sostituire un terzo all'obbligato.

La prestazione di una cosa determinata realizza di norma un interesse insostituibile per la parte che dovrebbe riceverla: la funzione della prestazione in equivalente consiste qui nello spingere il debitore ad adempiere, pena il pagamento di una somma che dovrà tener conto del particolare interesse che il creditore ha nell'ottenere la prestazione principale.

Tale distinzione si riflette nel diverso regime di computo dell'equivalente, che nei casi certi può essere richiesto non oltre il doppio del valore di mercato, nei casi incerti non tollera altri limiti che quelli derivanti dal prudente apprezzamento del giudice. Su questo profilo dogmatico si verifica una forte soluzione di continuità tra questa dottrina e quella dei primi glossatori, che risulta utile leggere attraverso l'esposizione di Odofredo. Secondo questa trattazione, i *doctores* più risalenti risolvevano la differenza di regime tra fattispecie *certe* e *incerte* su un criterio che considerava il modo di apprezzare il valore della cosa oggetto del contratto all'interno della struttura di tutela:

« Ad quod respondetur tripliciter secundum quod haec lex habet triplicem intellectum. Et uno modo sic, quia aut petitur interesse quod est circa rem: et tunc petitur usque ad duplum communis et sic loquitur principium huius legis aut petitur interesse extra rem et tunc petitur quantuncumque sit: ut in secundo responso huius legis. Sed hoc non placet... »⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ ODOFREDO, in *l. Cum pro eo, C. de sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*, cit., n. 8, p. 121 v. col. 2.

A questa concezione, insufficiente a risolvere la varietà di problemi cui dà luogo questa materia, fa riscontro un'ottica diversa, basata sulla tipizzazione delle diverse specie di interesse in conseguenza delle caratteristiche del modello contrattuale da cui può derivare, di volta in volta:

« Unde et vos dicetis tertio modo, ratio diversitatis est illa quod ubi petitur interesse in contractu certo id est qui habet certam quantitatem vel naturam, petitur usque ad duplum communis, quia posset in infinitum extendi, nam bene potest esse, quod plus interest mea habere singulariter hunc librum vel domunculam vel praediolum, quam alterius. »⁽⁷²⁾.

Ove l'obbligazione sia certa, per avere ad oggetto il trasferimento di una cosa determinata, l'interesse di chi è chiamato a riceverla si specifica nelle particolarità infungibili di cui quell'oggetto è tributario. La *lex* limita potestativamente questa pretesa per non gravare il giudizio di oneri probatori sulla quantificazione del risarcimento che, in molti casi, risulterebbe impossibile da dare in modo esatto.

Nei casi incerti questa esigenza non ha modo di ricorrere:

« sed ubi petitur interesse ex contractu incerto, id est qui non habet certam quantitatem vel naturam: ibi non est verisimile quod singulare interesse excedat commune: quantum enim interesset alicuius habere turrim in fundo suo, tantum interest mea: sed in libro est aliud: et in domuncula et in praediunculo: quia non interest alicuius tantum quantum mea interest. ».

La differenza di impostazione rispetto ai primi glossatori risulta evidente. Questi avevano bisogno di definire a priori le caratteristiche della singola struttura contrattuale, per individuarne l'oggetto e su questo, successivamente, il regime della condanna in equivalente, che si distingueva a seconda che essa comprendesse o meno la prestazione principale⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ ODOFREDO, loc. ult. cit.

⁽⁷³⁾ La distinzione tra *interesse circa rem* e *extra rem* viene attribuita da ODOFREDO alla riflessione di BULGARO, in questi termini: « Ad solutionem quorum contrariorum Bulgarus contrario modo locutus est: licet fuerit homo magni ingenii: dicit tamen

Il giurista che interviene al termine di questo lungo periclitare definitorio pone una relazione inversa, in cui l'*id quod interest* è strumento primario per l'individuazione dell'oggetto del contratto attraverso la rappresentazione della sua struttura. Una rivoluzione definitoria che si apprezza nell'evoluzione delle *opiniones* circa i modelli contrattuali le cui obbligazioni possono dar luogo all'*interesse singulare*:

« Dixit enim dominus Azo et brevisiter, quod in emptionibus et venditionibus ubicumque lex dicit, quod interesse potest peti... Item dixit ipse, potest peti ubicumque contrahentes paciscuntur, alias non et imo cautum est consilium, ut in contractu dicatur: quod promitto omnia servare sub poena et reficere omnia damna et praestare interesse commune et conventum et singulare: et tunc poterit peti singulare interesse: quia ait praetor, pacta servabo, ut ff. de pactis l. iurisgentium § praetor ait et quia contractus ex conventionem legem accipiunt. »⁽⁷⁴⁾.

Una prima concezione è ancora largamente tributaria di una visione monista del regolamento contrattuale, nella quale la ricostruzione preliminare della struttura della compravendita regge la possibilità di chiedere, in caso di inadempimento, l'*interesse singulare*. Una valutazione che va operata caso per caso, sul terreno proprio delle singole fattispecie.

A questa succede una concezione volta ad astrarre dal piano della compravendita la caratteristica da cui deriva la esperibilità dell'*interesse singulare*, e estenderla ad altri modelli:

« Est secunda opinio domini Hugoni et ita audivi ab eo, quod singulare interesse potest peti in omnibus contractibus bonae fidei, et in omnibus stricti iuris arbitrariis »⁽⁷⁵⁾.

oppositum eius quod dicere debebat. Dixit enim, ubi petitur interesse quod est circa rem: ut est cum rem venditam non tradis: tunc interesse non potest peti ultra duplum communis: et sic loquitur hic in principio huius legis aut petitur interesse quod est extra rem: ut cum vendis mihi tignum viciosum, vel etiam pecudem morbosam, et tota domus corruit: vel totus grex perit: et tunc petitur interesse quantumcunque sit et sic loquuntur leges contrariae... ».

⁽⁷⁴⁾ ODOFREDO, in l. *Cum pro eo*, C. de *sententiis quae pro eo, quod interest, proferuntur*, cit., n. 9, p. 122 r. col. 1.

⁽⁷⁵⁾ ODOFREDO, loc. ult. cit.

Finalmente, si arriva ad una elaborazione che si fonda sul ruolo dell'interesse come criterio di individuazione del tipo:

« Fuit et tertia opinio domini Iacobi et haec est vera scilicet quod singulare interesse petatur ex omnibus contractibus, sive sint bonae fidei, sive non, sive arbitrarii, sive non: sed ubi petitur ex contractu qui habet certam quantitatem vel naturam, petitur usque ad duplum communis, sed si petitur ex contractu qui non habet certam quantitatem vel naturam, petitur quantumcumque sit. ».

Per questa dottrina, l'appartenenza di un contratto all'una o all'altra delle tradizionali categorie romane è elemento indifferente per la riconoscibilità dell'interesse. La relazione si inverte e l'*id quod interest* diviene l'elemento che assicura una valutazione tipica del contratto, ponendolo all'interno della classe delle fattispecie certe o di quelle incerte.

5. *La ridefinizione della struttura obbligatoria della compravendita.*

5.1. *L'id quod interest come parte di una nuova tecnica di definizione delle fattispecie.*

La nuova consapevolezza circa l'*id quod interest* e il suo valore di elemento di tipizzazione delle fattispecie contrattuali, attraverso le categorie del *certum* e dell'*incertum*, ulteriormente individuate nei tre modelli di prestazione, conduce i glossatori più tardi a dare nuove risposte alla *quaestio* dalla quale siamo partiti. Conviene esaminarle ora, malgrado taluni esiti siano ormai già resi espliciti dall'analisi sull'interesse appena conclusa, per verificarne i risultati e saggiare le modalità attraverso le quali i glossatori ricostruiscono la struttura di tutela della compravendita.

Questa disamina può mostrarci sul concreto terreno di una fattispecie determinata l'invalersi di quel nuovo approccio sistematico che abbiamo ravvisato prima astrattamente sul generale piano dell'*id quod interest*. La specularità di trattazione fra la materia delle *actiones empti et venditi* e quella dell'interesse non costituisce, ovviamente, una circostanza significativa, essendo implicita nella questione da cui muove la riflessione dei glossatori.

Il dato per noi rilevante è rappresentato dalla tecnica definitoria

che si dispiega da tale ovvio parallelismo, estremamente diversa nei glossatori che seguono le prime dottrine sull'*id quod interest*, rispetto a quelli che seguono la nuova definizione basata sulla *certitudo*.

La concezione dei primi *doctores*, chiusa ad ogni istanza di accertamento degli effetti contrattuali basata sull'opera di tipizzazione, è pienamente visibile nella dottrina di Rogerio:

« Ex empto competit emptori. Similiter videndum est cui competat directa ex empto, cui utilis, adversus quem detur, quid in ea veniat ex natura contractus, iure actionis, officio iudicis » ⁽⁷⁶⁾.

L'analisi dei diversi effetti contrattuali *ex parte emptoris* viene effettuata a partire dai tre momenti sui quali si apprezza l'*id quod interest* nei contratti di buona fede, secondo l'ottica propria della prima concezione dell'interesse. Rogerio distingue così gli effetti del contratto di compravendita su questi tre piani:

« ex natura contractus id venit quod convenit, ut puta: traditio ipsius rei, et si quis specialiter convenit. Nam receptum est ut pacta specialia dent formam contractibus. ».

Il primo, la *natura contractus*, fornisce collocazione all'effetto principale, l'obbligo di trasferire la cosa venduta. La prestazione dell'*id quod interest* viene posta sul diverso piano della *natura actionis*:

« iure actionis id venit quod neque est dictum neque cogitatum. Nam ex bono et equo, que neque sunt dicta, neque cogitata veniunt, veluti si res non tradatur, que iure pacti in primis tradenda est, ad interesse iure actionis convenitur. Quod contingere dicitur, sive quia per venditorem factum est quominus tradi possit, sive quia ratione ipsius rei non valet contractus » ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, cit., *de actionibus empti et venditi*, n. 2 (p. 127, col. 2).

⁽⁷⁷⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, cit., *de actionibus empti et venditi*, n. 2 (p. 127, col. 2-p. 128, col. 1).

Questo argomento vale a rendere l'alternatività fra le due prestazioni, della tradizione della cosa e dell'interesse, ma senza legarle in alcun vincolo funzionale; sul medesimo piano sono collocate tutte le ipotesi di responsabilità del venditore, tanto quelle derivanti dall'inadempimento dell'obbligo principale, quanto quelle risultanti dai vizi o dall'evizione della cosa venduta.

I due profili dello *ius pacti* e dello *ius actionis* valgono a dare menzione di tutti i vari aspetti della struttura di tutela della compravendita ⁽⁷⁸⁾, ma rendendoli alla stregua di un disordinato catalogo. Essa consegue al limite insito nello schema di ricostruzione dell'interesse proprio di Rogerio, idoneo a dare una classificazione dei vari momenti della struttura di tutela dell'*emptio*, ma non a spiegarli su una cifra unitaria di comprensione. Da questa circostanza deriva la rigida applicazione della contrapposizione tra effetti provenienti dal regolamento privato di interessi e effetti derivanti immediatamente dalla struttura di tutela.

Un altro metodo si può ravvisare in quei glossatori che, per essere protagonisti dell'opera di ridefinizione delle dottrine sull'*id quod interest*, usano di un approccio estremamente diverso al problema della determinazione degli effetti della compravendita.

Azone descrive così gli effetti principali del contratto:

« Venit autem in actione ex empto in primis hoc quod convenit praestare quia si nihil convenit praestabuntur ea quae naturaliter insunt huiusmodi iudicii potestate. [...] Si autem venerit dies tradendi ipsam rem praestare venditorem debet id est tradere ita quod emptor habeat vacuam possessionem. Quid est vacuam possessionem habere hoc est ut emptor potior sit in ea possessione, ita quod de iure ab eo non possit advocari. » ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Tanto da lasciare pochissimo spazio al terzo profilo, che ROGERIO è costretto ad aggiungere per rispettare la simmetria con la dottrina dell'*id quod interest*, ma che non può provvedere di un esempio: « officium iudicis est ut contractui et actioni serviat, et praeterea suo officio aliquid agat ut, si res iniquitatem in se habeat, suo officio in melius reformatur ». È da notare che l'*officium iudicis* svolge, al contrario, un ruolo rilevante nella descrizione della tutela *ex parte venditoris*: « officio iudicis veniunt usure, ut puta: si fuerit emptor in mora, vel perceperit fructus ex re empti. Item officio iudicis purgatur dolus, si dolus incidens fuit, vel res iniquitatem in se habuerit. ».

⁽⁷⁹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*, cit. p. 159 col. 1 e 2.

Natura contractus e *natura actionis* non sono distinguibili nell'economia complessiva della fattispecie; entrambi i lati concorrono a descrivere il tessuto obbligatorio cui il contratto dà luogo. Nel rispetto del carattere non reitraslativo della compravendita romana, fatto palese a più riprese dai testi, Azone ricostruisce la prestazione principale del venditore nei termini della *traditio vacuae possessionis*, mezzo grazie al quale il compratore acquista, successivamente, la piena proprietà della cosa ⁽⁸⁰⁾.

Nessuno degli argomenti della tesi martiniana trova spazio, né quello esegetico basato sull'*oportere*, sul quale tanto dibattevano le prime *dissensiones*, né quello fondato sull'*aequitas pacti*, né altri consimili. Ogni necessità definitoria nasce e si compie sul terreno della *certitudo*, che fornisce il miglior criterio per determinare la struttura di tutela di una fattispecie.

Nel caso della compravendita, la prestazione è qualificata *in tradendum*, il che apre spazio alla valutazione dell'interesse:

« Quid si venditor nolit rem tradere certum est eum teneri ad interesse ut ff. eodem lex prima et sicut ibidem dicitur [quod] prestatum in hoc casu singulare interesse quod egreditur precium commune vel conventum. Non tamen extendit ultra duplum precii communis cum iste contractus certam speciem vel quantitatem contineat » ⁽⁸¹⁾.

Si verifica qui pienamente l'opera di mutua definizione, nella cifra data dalla *certitudo*, tra la rilevanza dell'interesse all'interno di una determinata fattispecie contrattuale e la qualificazione del suo oggetto.

5.2. *L'id quod interest come strumento di qualificazione del contenuto obbligatorio del contratto.*

La possibilità del venditore di liberarsi *in id quod interest* consegue e determina, allo stesso tempo, la compravendita come modello qualificato nel *tradere*, indicandone la disciplina. Si apre

⁽⁸⁰⁾ « Haec autem traditio facit emptorem dominum si dominus erat venditor. Si non erat obligatur nomine evictionis si modo precium sit solutum aut eo nomine satisfactum ut in praedicta lege ex empto. » AZONE, loc. cit.

⁽⁸¹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*, cit. p. 159 col. 2.

così un ulteriore spazio di critica dell'opinione martiniana, sconosciuto ai *doctores* precedenti che pure la avversavano.

Un argomento a sostegno della tesi del *praecise cogi ad rem tradendam* si poteva trarre, difatti, da una *lex* concernente la *rei vindicatio*, che assicura al creditore di una *restitutio* la possibilità di essere tutelato mediante una *traditio manu militari*. Un rimedio che i fautori di questa soluzione estendono senza meno alle obbligazioni del venditore, e che i sostenitori della tesi avversa non controbattono altro che con un argomento di carattere testuale:

« Item nunquid a praeside manus militaris auxilium poterit implorare, ut res ab invito venditore extorqueatur quod Martinum visus est ar. ff. de rei vindicatione. qui restituere. Sed certe ut ait Bulgarus contrarium est nam si venditor sit contumax vel procax dicit lex eum liberari praestito interesse ut infra eodem l. si traditio ».

La confutazione delle tesi martiniane procede in Azzone da un contesto sistematico estremamente diverso. Essa parte dalla natura dell'oggetto del contratto che, essendo qualificato nel *tradere*, ammette sempre l'alternativa della prestazione in equivalente. L'esclusività intrinseca nella tutela reipersecutoria è, invece, propria di quei contratti il cui oggetto sia qualificato nel *rem dare*, ossia nell'obbligo di trasferire in ogni modo la proprietà della cosa, come abbiamo visto analizzando la dottrina dell'*id quod interest*. Su queste basi Azzone colloca questa problematica su di un piano di comprensione più elevato rispetto ai *doctores* più risalenti:

« lex illam qui restituere intelligebat Bulgarus cum quid peto meum non futurum meum ego nec hoc multum approbo quia hoc idem est in quibusdam personalibus actionibus quibus peto non meum, ut in condictione ex lege contra donatorem licet venditor et donator videantur assimilari quia utrique imponitur necessitas tradendi ut institutiones de donationibus § est et aliud sed uni imponitur necessitas causativa id est si nolit praestare interesse alii precisa »⁽⁸²⁾.

Bulgaro escludeva l'operatività della *traditio manu militari* asserendo, sulla base testuale propria della *l. Qui restituere*, che tale

⁽⁸²⁾ AZONE, loc. cit.

rimedio fosse utilizzabile soltanto come complemento della *rei vindicatio*, quindi per chiedere il trasferimento di una cosa da parte di chi ne è proprietario. Di conseguenza, egli ne esclude l'applicabilità a favore di chi, al contrario, attende di conseguirla sulla base di un contratto non ancora eseguito. In sintesi, la *rei vindicatio* si pone come tutela tipica del *dominium* perfetto, non di una situazione che, misurata al livello della compravendita romana, è ancora *in fieri* e rimane sempre su un profilo meramente obbligatorio.

Azone rifiuta questo ragionamento, affermando che l'esecuzione forzata è adibibile non solo in dipendenza di un'azione reale, ma anche a tutela di un'azione personale; non solo per tutelare la proprietà come situazione compiuta in capo ad un soggetto, ma anche per dare esecuzione ad un contratto che la trasferisca. Su queste basi Azone costruisce una classificazione per tipi: la possibilità di apprendere la cosa *manu militari* non può riscontrarsi nella compravendita, ma in quei contratti che, pur assistiti da un'azione personale, diano luogo all'obbligazione di trasferire la proprietà.

È questo il caso della donazione, da cui la tesi martiniana traeva, all'opposto, un ulteriore argomento a favore dell'infungibilità dell'obbligo al trasferimento della cosa nella compravendita, fondandosi su un passo delle Istituzioni che — lo ricordiamo — impone al donante l'obbligo di trasferire la cosa, *ad similitudinem emptio-nis* ⁽⁸³⁾.

Azone distingue, sulla base dei risultati definitivi conseguiti sul piano dell'interesse, una *necessitas tradendi precisa*, che si realizza a carico della parte obbligata in virtù di un contratto che ha per oggetto il *rem dare*. A questa si contrappone una *necessitas tradendi causativa* dei contratti *in rem tradere*, caratterizzati dall'alternatività tra prestazione della cosa e dell'*id quod interest*. Uno spunto già presente in taluni apparati di *dissensiones*, ma che solo ora si rappresenta nella sua sostanza di tipologia, atta a classificare forme

⁽⁸³⁾ È *Institutiones Iustiniani, de donationibus § adeo*, citato spesso dai glossatori erroneamente come paragrafo *perficiuntur*, dall'*incipit* del secondo periodo, nel quale significativamente si pone l'affinità quanto al momento di conclusione tra *emptio* e *donatio*. Questo passo risulta centrale sia per l'analisi degli effetti della compravendita, sia per quanto riguarda l'*auxilium legis*.

contrattuali diverse in insiemi omogenei, sulla base di una cifra unitaria di interpretazione.

Troviamo dimostrazione di tale unitarietà osservando la dottrina di Azone sul piano dell'azione contraria, l'*actio venditi*:

« Datur haec actio ex vendito in primis ad precium quanto venit res et necesse habet emptor nummos facere venditoris. Licet venditor non teneatur facere rem emptoris et est ratio differentiae quia venditor ad certam speciem est obligatus »⁽⁸⁴⁾.

L'obbligazione del compratore è *in dandum*, pertanto egli è tenuto a trasferire in ogni modo la proprietà della cosa che costituisce l'oggetto della sua prestazione, vale a dire del prezzo in denaro. La perfetta fungibilità della prestazione pecuniaria rende questa obbligazione pienamente *certa*:

« Unde merito concluditur sibi si praestet eam sicut potest emptori vero est obligatus ad precium in genere nam quamlibet pecuniam dando liberari potest dummodo suam det et ideo strictius obligatur ad transferendum dominium in venditorem quia laxiorem habet potestatem. »⁽⁸⁵⁾.

Il compratore non ha la medesima potestà di scelta sull'oggetto da prestare; ciò qualifica la sua obbligazione nel campo del *dare*, come obbligo di trasferire in ogni modo possibile la proprietà della cosa di sua spettanza. Vediamo qui spezzarsi l'argomento, caro a Pillio e ad altri, che vedeva nel vincolo sinallagmatico fra le due prestazioni, del compratore e del venditore, un argomento a favore della immediata coercibilità dell'obbligo al trasferimento della cosa. Il glossatore è ormai autonomo nei propri mezzi definitivi, abile a reperire criteri che non trovano corrispondenza nelle tradizionali partizioni romane.

I termini della costruzione azoniana conducono a più forti esiti analitici nelle opere successive. La *Glossa Magna* parte da un'acquisizione del problema ormai completamente impostata secondo le nuove linee argomentative. Essa ripercorre in modo alquanto som-

⁽⁸⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis, de actione empti et venditi*, cit. p. 161 col. 1.

⁽⁸⁵⁾ AZONE, loc. cit.

mario i termini tradizionali della contesa, ormai di scarso interesse dogmatico ⁽⁸⁶⁾.

Il vero oggetto di discussione è nella struttura della tutela propria dell'*emptio*, di cui si dà per accertato il suo fondarsi sull'alternatività fra pretesa al trasferimento della cosa e all'*id quod interest*. La terminologia tecnica adottata ci partecipa chiaramente dell'evoluzione delle finalità interpretative:

« *Agitur*. An ergo ferentur duae sententiae, de re tradenda una et de rei interesse alia, si res non praestetur, sicut in arbitrariis fit?... Responde non: cum hoc non inveniam, nec sit haec arbitraria, sed una tantum, scilicet de interesse » ⁽⁸⁷⁾.

Il problema definitorio dei glossatori non consiste più nell'affermare o escludere, sulla base di una mera scelta di testi, la rilevanza dell'interesse nella struttura della compravendita. L'attenzione del giurista si sposta sulle relazioni intercorrenti tra le due prestazioni, valutate alla luce del problema della formulazione dell'azione.

Una logica nuova presiede questa operazione. I primi glossatori si sforzano di dare soluzione alla questione che tanto li attanaglia attraverso una concezione della struttura contrattuale maggiormente basata sul dato del temperamento sostanziale degli interessi delle parti, precedente il dato tecnico, i giuristi ormai provveduti di altri strumenti si servono dell'analisi della struttura di tutela come mezzo per accertare la struttura obbligatoria del negozio.

In questo modo, la glossa appena citata esclude nell'*actio empti* la natura di azione arbitraria: così facendo, essa ribadisce la natura della prestazione tipica della compravendita nell'obbligo al trasferi-

⁽⁸⁶⁾ « Quid autem si precise velit habere rem, an potest? Dicit M. quod sic, si habet restituendi facultatem, si non: fit condemnatio in interesse: ut hic dicit et pro eo est supra de rei vindicatione l. qui restituere et C. de fideicommissaria libertas lex finalis et Institutiones de donationibus § perficiuntur et infra de verborum obligationibus lex ubi autem § finalis. Item et quod dicitur conventionem servandam: ut infra eodem lex Ex empto in principio. Bulgarus autem et Iohannes et Azo dicunt eum liberari semper praestando interesse, etiam si haberet rem et pro se habent quod hic dicitur: et C. eodem lex Si traditio et infra eodem lex Ex empto § etiam... ». GLOSSA « *Agitur* » in l. *Si res vendita ff. de actionibus empti et venditi*.

⁽⁸⁷⁾ GLOSSA « *Agitur* » in l. *Si res vendita, ff. de actionibus empti et venditi*.

mento della cosa. La prestazione dell'interesse è sanzione dell'inadempiamento di quest'obbligo principale, non oggetto del contratto, ma soltanto oggetto dell'azione da questo derivante:

« Quando ergo sciam, an tradat rem, vel non? Responde: tempore sententiae dandae interrogabitur, an velit tradere: quod si dixerit non, damnatur in interesse...et sic aliud agitur, scilicet ad rem: et ad aliud fit condemnatio, scilicet ad interesse. nec mirum, quia et alias hoc fit... »⁽⁸⁸⁾.

Adito da chi asserisce di aver diritto alla prestazione di una cosa per averla acquistata, il giudice deve innanzitutto procedere alla cognizione dell'effettiva esistenza del contratto che fornisce titolo a tale pretesa. Una volta accertata, deve chiedere al venditore se sia disposto a trasferire il bene, unico oggetto del contratto o, piuttosto, a prestare l'*id quod interest*, il risarcimento, unico oggetto possibile della condanna⁽⁸⁹⁾.

In questi termini il ruolo dell'interesse, come istituto che rileva nella fase processuale, descrive immediatamente la struttura obbligatoria del contratto sul piano sostanziale:

« Sed an ipsum interesse sit in obligatione, ut etiam in principio si velit actor, possit agere ad interesse et iure actionis veniat, cum forte interrogaverit venditorem, an velit rem tradere et ille denegavit? Quidam quod sic, argumenta eius quod hic est, agitur, et cetera. Alii quod non »⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ GLOSSA « *Agitur* », cit.

⁽⁸⁹⁾ Si veda, al proposito, l'esemplificazione che ODOFREDO pone all'inizio del suo commento alla *l. Si res vendita*: « secundo exponitur illa regula: et dicitur quod istud interesse quandoque est maius quam commune: vel conventum: et est singulare et singulariter interest: et si elegit petere singulare commune vel conventum petere non potest: ponamus ergo ita exemplum. vendidisti librum pro decem solui tibi precium vel paratus sum solvere: tu non vis tradere librum ad quid conveniam te: certe ad interesse meum quanti interest rem traditam fore: et iudex in eo te condemnabit: et istud interesse usque ad quam quantitatem petitur: certe si volo petere conventum dumtaxat petam precium rei: si autem volo petere commune interesse: quia licet res fuisset vendita pro decem communiter valebat duodecim potero petere quanti res illa valet communiter: sed si interest mea plus habere quam alicuius: quia liber meus fuit: petam singulare interesse et non quantumcumque sit: sed usque ad duplum communis interesse et ita condemnabitur mihi in viginta.. » ODOFREDO, in *l. Si res vendita*, ff. de actionibus empti et venditi, n. 1.

⁽⁹⁰⁾ GLOSSA « *Agitur* », cit.

Se fosse l'attore e non il convenuto a poter scegliere tra la prestazione della cosa e quella dell'*id quod interest*, quest'ultimo costituirebbe l'oggetto dell'obbligazione principale derivante dal contratto di compravendita. Dovremmo quindi ricostruire la posizione del venditore non come obbligo a trasferire una cosa sotto pena di una sanzione, ma come vincolo a effettuare una prestazione indeterminata corrispondente all'utilità che il compratore si riprometteva di conseguire con la spesa di una determinata somma di denaro ⁽⁹¹⁾.

5.3. *La diversa valutazione della necessitas tradendi.*

La tesi martiniana vedeva nella limitazione della rilevanza dell'*id quod interest* il mezzo per poter inverare il puro scopo della compravendita, su una base di ragionamento interamente dominata dall'*aequitas*, concetto assorbente cui piegare ogni rilevanza tecnica. Per i protagonisti dell'ultima *aetas* della glossa, al contrario, l'*id quod interest* — oggetto di più profonda riflessione sistematica — diviene strumento principale per una comprensione strutturale dei modelli implicitamente rifiutati dai giuristi precedenti ⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Occorre ricordare che la GLOSSA sostiene che in caso di inadempimento dell'obbligo del venditore, questi deve corrispondere l'interesse *singulare*, quindi non il valore di mercato della cosa (circostanza che potrebbe condurre, in taluni casi a rendere talvolta vantaggioso l'inadempimento), ma il valore corrispondente al beneficio che il compratore si riprometteva di ottenere dal possesso di quel determinato bene. Se si trattasse del primo criterio — l'interesse *commune* — non avremmo significative differenze ponendo l'*id quod interest* in *obligatione* piuttosto che in *condemnatione*, poiché esso riprodurrebbe fedelmente la cosa oggetto del contratto in termini di equivalente monetario. Dal punto di vista pratico, in questo caso, la condanna in *id quod interest* si tradurrebbe in una sostanziale risoluzione paritetica della compravendita, poiché il compratore rimarrebbe tuttavia obbligato a pagare un prezzo in linea di principio eguale alla somma che gli deve essere corrisposta a titolo di interesse. Vero il secondo criterio, prettamente sanzionatorio, che comporta una valutazione esondante del risarcimento rispetto al valore comune del bene, non è possibile ricostruire la sostanza obbligatoria della compravendita ponendo l'interesse come oggetto dell'obbligazione principale senza ottenere una mostruosità giuridica.

⁽⁹²⁾ Basti notare come l'*incipit* della *l. Si res vendita* fosse stato sempre oggetto di aspra contesa tra la tesi martiniana e quella partecipata dagli *alii*. L'ibrida formulazione («*Si res vendita non tradatur in id quod interest agitur: hoc est, quod rem habere emptoris interest.*») veniva interpretata dai primi facendo cadere l'accento sul *rem*

Ne possiamo trovare dimostrazione considerando uno degli argomenti tipici della tesi del *praecise cogi ad rem tradendam*: l'apparentamento tra compravendita e donazione. Come abbiamo visto, le Istituzioni di Giustiniano, in un passo che viene citato dai glossatori a più fini, rendevano affini le fattispecie della donazione e della compravendita sulla base della comune caratterizzazione offerta dalla *necessitas tradendi*.

La tesi martiniana trovava qui un notevole punto di forza, che procedeva dall'assunto implicito di una necessaria complementarità tra momento conclusivo e struttura di tutela del contratto. La donazione non era, in origine, un contratto specifico, ma un negozio che poteva essere versato in varie forme contrattuali romane; il legislatore imperiale ne fa una fattispecie autonoma decretandone la validità nel momento del consenso e impone al donante l'obbligo di trasferire la cosa donata sull'esempio della compravendita.

La *donatio* così contratta è sanzionata attraverso la *condictio ex lege*, azione personale che ha per oggetto la *traditio rei*; stante l'apparentamento delle strutture di conclusione fra donazione e *emptio*, nulla di più facile e immediato che costituire anche in capo al venditore l'obbligo di trasferire la cosa, traducendo l'affinità anche al livello della struttura di tutela.

La *Glossa* accursiana spezza definitivamente questo vincolo:

« ..ad illam Institutiones de donationibus dicunt quod similes sunt venditor et donator in hoc, quia tenetur unus praecise scilicet donator si stipulatio erat, alter causative tenetur scilicet venditor, hoc est nisi tradat interesse imo sunt hodie paria, cum uterque sit contractus necessitatis ex postfacto: quod olim in donazione non erat. »⁽⁹³⁾.

habere, dagli altri sull'*id quod interest*, con un'operazione sterile dal punto di vista tecnico, tutta piegata su una forzatura meramente testuale. La *GLOSSA*, nel passo sopra citato, così conclude la disputa: « Et quod dicit agitur, id est actum fingitur, ut sic in eo interesse fiat condemnatio. Vel dicas hoc casu sic agi: peto rem tradi, et si non trades, peto interesse, quod tutius est. ». L'*agitur* del testo romano, sul quale si concentravano tanti problemi esegetici, non rappresenta più né un impulso né un ostacolo. Su altre basi sistematiche il tardo glossatore assume la piena valenza della tutela in *id quod interest*, e afferma che l'*agere ad rem habendam* può essere ricostruito come una *fictio*, poiché l'oggetto della *condemnatio* può soltanto essere l'interesse, oppure come azione subordinata.

⁽⁹³⁾ *GLOSSA* « *Agitur* » in *l. Si res vendita, ff. de actionibus empti et venditi*, cit.

La *necessitas tradendi* che veniva interpretata come momento di qualificazione specifica degli effetti di queste due forme contrattuali, viene ora riportata al livello della valutazione del modello conclusivo della fattispecie. Il problema non è quello di stabilire la disciplina specifica dell'uno o dell'altro modulo negoziale, ma sancire il principio per cui ogni contratto impone, una volta concluso, la necessità di adempiere. Su questa base il tormentato passo delle Istituzioni trova una interpretazione definitiva e maggiormente aderente alla lettera del testo: l'affinità tra compravendita e donazione si pone sul lato della conclusione, ma da essa non può derivare alcun giudizio circa la disciplina degli effetti ⁽⁹⁴⁾.

Questo nuovo assetto interpretativo trova i suoi massimi sviluppi in Odofredo. Innanzitutto, per quanto riguarda la differenza tra l'oggetto della compravendita e quello dell'azione risultante *ex parte emptoris*:

« et exponitur ista litera [in id quod interest emptoris agitur] uno modo id est actum fingitur quod dicit emptor petit rem tradi non interesse: quia rem tradi est in obligatione: interesse in condemnatione: vel exponatis,

⁽⁹⁴⁾ Il quale va apprezzato su una molteplicità di piani. Si osservi la costruzione della GLOSSA a proposito dell'eseguibilità in forma specifica della *rei vindicatio*, che abbiamo visto essere stato uno dei caposaldi dell'opinione martiniana circa la *praecise cogi ad rem tradendam* dell'obbligazione del venditore: « *Condemmandus est*. in primo ergo casu cum possidet, quattuor sunt mihi prodita auxilia: rei ablatio, in litem iuratio, interesse praestatio: et rei vera aestimatio. In secundo, quando dolo desiit possidere tria ultima praeter primum locum habent contra eum.[...] Si vero non dolo sed culpa duo tantum ultima. Si nec dolo, nec culpa, nullum... » (GLOSSA « *Condemmandus est* » in *l. Qui restituere ff. de rei vindicatione*). La GLOSSA traccia, di conserva al testo, una graduazione tra i rimedi subsidiariamente esperibili a carico della parte obbligata alla *restitutio*, tracciando quattro casi distinti e graduati quanto alla tutela adibibile. Solo nell'ipotesi in cui l'obbligato sia ancora in possesso della cosa, questa può essergli sottratta *manu militari*; nel caso in cui se ne sia spogliato, la sentenza non può essere eseguita in forma specifica nei confronti del terzo, indipendentemente dalla buona o mala fede di quest'ultimo. La tutela può esprimersi, così, solo in forma obbligatoria e, di conseguenza, soltanto in confronto all'obbligato principale. Essa differenzia i propri criteri di valutazione a seconda che l'obbligato si sia privato della cosa per dolo o per colpa, ma ove la cosa sia perita senza la sua partecipazione, l'obbligazione si estingue. Questa costruzione rappresenta il totale superamento della impostazione martiniana, apprezzato sullo specifico profilo della struttura di tutela, poiché stempera la pretesa assolutezza della tutela reipersecutoria all'interno di un sistema più complesso, comunque centrato sull'*id quod interest*.

agitur scilicet in veritate et sic si venditor est in mora tradendi rem venditam statim obligatur ad interesse: vel potest ita subaudiri: in id quod interest emptoris agitur scilicet ut emptor petat a venditore rem tradi: et si non tradat petat eum condemnari ad interesse »⁽⁹⁵⁾.

Le opzioni ricostruttive elencate dalla *Glossa* vengono esaminate tutte, ma alla fine Odofredo propende per l'ipotesi maggiormente distruttiva dell'*opinio Martini*: la subordinazione tra la pretesa alla cosa e quella all'*id quod interest*. Il portato specifico della costruzione di Odofredo risiede però altrove.

Osservando gli apparati tanto di Azone quanto della *Glossa Magna*, si può agevolmente notare come le nuove costruzioni subiscano, in alcuni punti, le vischiosità del passato. Ne abbiamo appena visto un esempio nella riluttanza della *Glossa* accursiana di assumere a schema ricostruttivo dell'*actio empti* la subordinazione tra due diversi *petita*.

Un altro si può notare nella costruzione di Azone, che costruisce come eccezione la rilevanza oggettiva dell'interesse *singulare* nella compravendita. Odofredo è ormai figura libera da simili condizionamenti e afferma la valenza dell'interesse *singulare* per ogni azione *bonae fidei*:

« alias regulariter dixit domine Azo non reperio singulare interesse posse peti. sed signori salva autoritate sua quae magna fuit videtur somniasse in parnasso: nec mirum quia tantum cogitabat de subtilitatibus iuris quod non videbat textum et quod sit videndum videte: bene assentio domini Azone in eo quod dixit quod in actione ex empto et in aliis bonae fidei actionibus quod venit singulare interesse... sed non assentio in eo quod dixit quod in aliis actionibus venit singulare interesse si nominatim convenit quod veniat singulare interesse: quia in bonae fidei iudiciis venit singulare interesse etiam si nominatim non convenit. »⁽⁹⁶⁾.

Secondo Azone, l'interesse può essere richiesto di norma nella sua valutazione *commune*, salvo che nel caso della compravendita, dove il compratore può chiedere il *singulare*. Nelle azioni derivanti

⁽⁹⁵⁾ ODOFREDO, in *l. Si res vendita*, ff. de actionibus empti et venditi, n. 1 (p. 106 v. col. 1).

⁽⁹⁶⁾ ODOFREDO, in *l. Si res vendita*, cit. n. 2 (p. 106 v. col. 1).

dagli altri contratti, si può chiedere quest'ultimo solo ove le parti lo avessero convenzionalmente stabilito nel contratto. Odofredo, al contrario, ne afferma la valenza generale e obiettiva, al di là di qualsiasi necessità di stipulazione anteriore, per tutti i contratti di buona fede, la classe cui appartiene la compravendita per diritto romano. Una costruzione che rappresenta il segno ultimo dell'evoluzione del problema dell'analisi della struttura contrattuale verso una concezione totalmente tipologica.

6. *La razionalizzazione sistematica della certitudo.*

6.1. *La condictio certi nei primi glossatori.*

La precedente analisi ha messo in luce come l'*id quod interest* divenga sempre più la cifra interpretativa unitaria della struttura obbligatoria delle fattispecie contrattuali. Lo studio della compravendita, istituto sul quale maggiormente si è centrata l'attenzione definitoria di questi giuristi, ci ha mostrato, al proposito, come all'invalersi di una determinata concezione strutturale dell'interesse corrisponda una ricostruzione conseguente della struttura obbligatoria del contratto.

La relazione tra questi due termini si snoda, come abbiamo visto, sul concetto di *certitudo*, che rappresenta sul piano dell'*id quod interest* la natura della prestazione oggetto del contratto. Si tratta ora di riscontrare se tale schema sia stato o meno utilizzato dai glossatori in misura più generale, atta a rappresentare la realtà di tutti i contratti descritti dalla *lex romana*.

Il terreno migliore per una tale verifica è quello offerto dal titolo « *si certum petatur* » del Digesto. In questa rubrica il compilatore giustiniano riunì gli *iura* sull'ampia materia dei rimedi processuali atti a chiedere il soddisfacimento delle obbligazioni ad una *certa res* o ad una *certa credita pecunia*, tanto derivanti da un mutuo, quanto da una stipulazione.

I glossatori compulsano sempre questo apparato mettendone in luce una valenza quasi di introduzione generale alla materia delle azioni personali. Ciò fin dalle prime testimonianze:

« *Supra de contractibus proposuit, ex quibus personales actiones*

frequentissime nascuntur. personales vero actiones appellantur condictiones: ea ratione premittuntur. nam condictiones habent expressam formam personalium actionum, quia in his precise dare seu facere continentur, quod proprium est personalium actionum. cumque de his dicendum sit, merito certi conditio in tractatu, utpote dignior seu generalis, antepositur » ⁽⁹⁷⁾.

La *Summa Trecensis* fa derivare la preminenza di questo tema dalla qualità propria della *certi conditio*, termine sintetico con il quale il testo romano identifica le varie specie di azioni personali poste comunque a tutela dell'obbligazione a trasferire una prestazione determinata nel genere, qualunque sia il titolo da cui essa sorge ⁽⁹⁸⁾. Questa azione si individua, difatti, nel solo elemento offerto dal *quid precise dare seu facere oportere*, senza necessità alcuna di verificare la struttura della fattispecie che ha prodotto tale obbligo ⁽⁹⁹⁾.

L'astrattezza di questa tutela costituisce fondamento di un'altra caratteristica:

« competit enim ibi ubi nulla alia actio est, et ubi aliae condictiones competunt, item ubi aliae quoque actiones tam ex contractu quam ex maleficio dantur, quia haec conditio competit non habito causarum seu obligationum delectu, dummodo certum quid precise debeatur. » ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁷⁾ SUMMA TRECENSIS, IV, 2, *si certum petatur*, n. 1.

⁽⁹⁸⁾ Si confronti la definizione di *conditio* data da PIACENTINO nella *Summa de actionum varietatibus*, 30, *Quid sit condicere et quot modis condicatur*: « Condicere est denuntiare prisca lingua, ut Institutiones de actionibus: moderna autem lingua et nova nihil aliud est hodie condicere quam in personam agere ». (*Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, ed. L. WAHRMUND, 1925, r.a. Aalen 1962).

⁽⁹⁹⁾ La *Summa Codicis* di ROGERIO (IV, II, *si certum petatur* n. 1) introduce il tema con parole ancora più perspicue: « Inseruit de contractibus, ex quibus personales actiones oriuntur. quia personalium actionum quedam habent expressam formam personalium actionum, quedam sunt que non obtinent, quia non precise intenditur dare, facere oportere, tractat primum de his que obtinent expressam formam. ergo, merito, de conditionibus tractat, nam "condicere" est in personam agere, idest precise intendere dare, facere oportere. ». Le tutele che perseguono l'obbligo a effettuare una prestazione determinata hanno per ciò stesso l'*expressam formam* delle azioni personali, caratteristica che, sulla base di questa eguaglianza, viene specularmente negata a quei rimedi che danno sanzione ad un contratto che ha ad oggetto una prestazione indeterminata.

⁽¹⁰⁰⁾ SUMMA TRECENSIS, IV, 2, *si certum petatur*, cit.

La *certi condictio* è un'azione sussidiaria, che viene concessa tanto nei casi in cui da un determinato atto giuridico non derivi alcuna azione specifica, tanto nelle ipotesi in cui competerebbe all'attore un rimedio particolare, con il quale concorre in via subordinata. Essa può avere ad oggetto tanto un'obbligazione da contratto che da delitto, restando ininfluyente la considerazione del titolo, purché vi sia l'unico requisito della certezza dell'oggetto della prestazione. È questo l'unico fattore sul quale i primi glossatori identificano il nucleo definitorio di questa azione:

« 'Certum' autem est quod ex ipsa pronuntiatione quid quale quantumve sit apparet. et hoc fit, sive proprio nomine res appellatur, sive alia denotatione quae nominis vicem optinet » ⁽¹⁰¹⁾.

Una nozione, quella della certezza della prestazione, che troviamo definita nella *Summa Trecensis* di stretta conserva alla formula contenuta nel testo romano ⁽¹⁰²⁾. Essa sarà conservata anche dagli autori successivi, le cui architetture non mostrano, di conseguenza, spunti di significativa distinzione rispetto alle dottrine rappresentate in quest'opera.

Rogero, difatti, non porta il suo apparato di distinzioni a scandire il concetto di *certum*, né la struttura dell'azione, ma soltanto a inquadrare questa problematica in un alveo più vasto:

« Sed quia conditiones quedam sunt que sumunt nomen a re, quedam a causa, dignior est autem res quam causa, tractat de ea conditione que sumit nomen a re. quia res alia certa, alia incerta: quia res certa dignior est quam incerta, merito tractat de conditione certi » ⁽¹⁰³⁾.

L'analisi di questo autore non porta alcuna innovazione rispetto al tessuto della *Summa Trecensis* per quanto riguarda la sussidiarietà dell'azione ⁽¹⁰⁴⁾, né per quanto concerne la definizione della presta-

⁽¹⁰¹⁾ SUMMA TRECENSIS, IV, 2, *si certum petatur*, n. 7.

⁽¹⁰²⁾ In D. 12, 1, 6. « Certum est, cuius species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostendit » (L. *Certum*, ff. *si certum petatur*).

⁽¹⁰³⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 2.

⁽¹⁰⁴⁾ « Sed quia conditio certi generalis est, idest competit ubi aliae conditiones

zione ⁽¹⁰⁵⁾. Usando di una tecnica definatoria che abbiamo già visto a proposito dei *pacta*, Rogerio pone una distinzione di cui illustra sempre un solo membro. Attraverso questo procedimento, ci si palesa l'unica particolarità del suo apparato, data dal tentativo di fare della *condictio certi* la specie di un *genus* più vasto, partecipato sotto un diverso profilo da altri rimedi, quale la *condictio causa data causa non secuta*, tutela risolutoria esclusiva dei contratti innominati del diritto romano. Un quadro simile si può notare nell'opera di Piacentino.

Anche qui abbiamo la piena eguaglianza tra la nozione di *condictio* e quella di azione personale:

« Inde est, quod omnis personalis actio non absurde potest vocari condictio. Nam et rerum amotarum actio in hac significatione dicitur condictio... Obtinuit tamen per excellentiam, ut, si absolute dicatur condictio, debeat intelligi condictio certi, indebiti seu ob causam vel quaecumque aliarum, quae continent expressam formam personalium actionum » ⁽¹⁰⁶⁾.

Da questa identificazione risulta la omogeneità concettuale della *condictio certi*, azione per l'adempimento, con la *condictio indebiti*, tutela restitutoria e la *condictio ob causam*, tutela risolutoria. La costruzione piacentiniana si segnala per una maggiore analiticità, che tuttavia non conduce a degli esiti classificatori sensibilmente diversi rispetto a quelli di Rogerio. Così la *condictio* può essere certa o incerta a seconda che il suo *petitum* consista nell'adempimento di una prestazione *certa* o *incerta* ⁽¹⁰⁷⁾. Il primo campo di ipotesi è

competunt, et ibi ubi nulla alia competit, veluti in mutuo, tractat de conditione in ea specie que de mutuo dari dicitur. ». ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 2. Il passo ci rivela uno dei principali problemi dei glossatori che svilupperemo in seguito: la necessità di isolare, sia pure senza vere conseguenze in fatto di disciplina, una *certi condictio specialis ex mutuo*.

⁽¹⁰⁵⁾ « "Certum" est cuius species vel quantitas, que in obligatione versatur, aut suo nomine, aut ea demonstratione que vice nominis fungitur, qualis, quantave sit ostendatur ». ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 2, *si certum petatur*, n. 4.

⁽¹⁰⁶⁾ PIACENTINO, *Summa de actionum varietatibus*, 30, *Quid sit condicere et quot modis condicatur*, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ « Conditur autem alias certum, alias incertum; sicque condictio alias certi, alias incerti. » PIACENTINO, ult. loc. cit.

definito organicamente, in termini eguali a quelli adoperati dagli autori precedenti ⁽¹⁰⁸⁾; l'ambito opposto, quello della *condictio incerti*, rimane affidato ad una mera enumerazione casistica ⁽¹⁰⁹⁾.

Su tutto domina una definizione della prestazione *certa* che non mostra alcuna modifica rispetto a quella degli autori precedenti, ancora pienamente ancorata al tenore del testo romano, pur con qualche spunto analitico:

« Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumve sit, ut ff. de verborum obligationibus l. stipulationum. Item certum est, cuius species vel quantitas nomine proprio vel digito demonstratur sive aliquibus vocabulis, quae vice proprii nominis fungantur, ut ff. si certum petatur l. certum » ⁽¹¹⁰⁾.

Piacentino non giunge a una ridefinizione organica del concetto, ma distingue, attraverso i riferimenti a due specifiche *leges* del Digesto, due prospezioni diverse di questo: l'una è quella della *res certa*, del bene determinato e specifico; l'altra quella della cosa comunque individuata nella sua *species vel quantitas*.

Tutti questi primi autori si muovono in un quadro interpretativo completamente dominato da una concezione oggettiva del *certum*, come oggetto dell'azione. Essi non riescono a liberarsi dall'impronta del testo romano, semplicemente perché non hanno ancora sviluppato autonomamente quegli strumenti di interpretazione della realtà strutturale delle fattispecie proprie, al contrario, dei giuristi successivi.

6.2. La concezione funzionale del *certum*.

La riflessione della *Summa Trecensis*, al pari di quella di Rogerio e di Piacentino, si arresta sempre dinanzi al profilo offerto dalla *certa*

⁽¹⁰⁸⁾ « Condictio autem certi generalis est ex omni causa competens, ex qua certum debetur, sive ex causa contractus vel quasi, sive ex causa maleficii et quasi ». PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹⁰⁹⁾ « Incerti condictio competit in tribus casibus, puta si quis sine causa obligatus est liberatusve, incerti conditione agitur, ut liberetur vel in obligatione reponatur, ut ff. de conditione sine causa. Sed et in locum conditionis furtivae, quae non nisi domino datur, condictio incerti non dominis tribuitur, puta creditorum similibusque... » PIACENTINO, ult. loc. cit.

⁽¹¹⁰⁾ PIACENTINO, ult. loc. cit.

res, intesa come unico oggetto possibile di studio. In questo senso, essi non riescono altro che a sfiorare la sostanza di un problema che assume ben altra rilevanza presso i *doctores* successivi. Possiamo averne conferma, osservando la costruzione di Azone ove il carattere del *certum* assume una autonomia concettuale, prima insospettata.

Un'evoluzione che procede da una maggiore consapevolezza tecnica delle specificità della *condictio*:

« Est autem sciendum quod ubi certum quid est in obligatione datur condictio certi generalissima que competit ex omni causa et ex omni obligatione sive sit nata ex certo contractu sive ex incerto dum tamen sit pura obligatio » ⁽¹¹¹⁾.

L'atteggiamento interpretativo di Azone è estremamente diverso, rispetto ai giuristi precedenti. Non si riscontra più la necessità di dar conto della valenza generale che la *certi condictio* assume rispetto alle altre *actiones*; non è dato trovare nella costruzione azoniana alcun riferimento particolare all'astrattezza e alla sussidiarietà di questo rimedio. Troviamo una prospettiva diversa che parte dal dato strutturale della tutela, all'interno della quale Azone non si paga di definire la *condictio* soltanto sull'elemento offerto dalla certezza della prestazione. Egli, al contrario, necessita di contestualizzare le caratteristiche dell'astrattezza e della sussidiarietà esplicitando l'ulteriore requisito della liquidità e esigibilità della prestazione ⁽¹¹²⁾.

Il dato più importante risiede tuttavia nella distinzione tra contratti *certi* e *incerti*, sconosciuta alle opere anteriori. In questo dato, anche solo apprezzato nella sua mera sostanza, possiamo già scorgere il crisma dell'evoluzione da una concezione oggettiva della

⁽¹¹¹⁾ AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur*, (p. 106 col. 2 p. 107 col. 1).

⁽¹¹²⁾ « Nam ante diem vel conditionem non potest agere creditor, ut ff. eodem l. certi. Et in uno casu ponitur proprie hoc verbum potest et improprie in alio ante conditione quia agere potest obstat tamen ei exceptio... ». La linearità con la quale la *certi condictio* veniva esplicitata dai glossatori precedenti si spezza in AZONE nella consapevolezza che tale forma contiene in sé più ipotesi diverse. Se in generale, difatti, questa azione non può ravvisarsi in presenza di una condizione, rilevando dunque questa come elemento impeditivo della tutela, in altri la non esigibilità della prestazione assume il ruolo di fattore impeditivo della condanna del debitore.

certitudo ad una concezione funzionale, derivata cioè da una nuova consapevolezza della struttura obbligatoria delle morfologie negoziali. Non un caso, che ciò si verifichi proprio nell'autore che rappresenta tanto il punto di massima edificazione del sistema dei *vestimenta*, tanto la definitiva svolta nelle dinamiche di razionalizzazione dell'*id quod interest*.

Una circostanza immediatamente palese, che emerge nel caso ci si inoltri all'interno di questa *distinctio*:

« ...et appellatur quidam certum contractum nominatum. Incertum appellatur innominatum vel dic incertum contractum in quo continetur incertum, puta quid fieri, vel non fieri » ⁽¹¹³⁾.

La *certitudo* della prestazione diviene in Azone il termine di una valutazione organica della fattispecie contrattuale. Rigettando da principio l'opinione di non precisati autori sull'equivalenza tra *certitudo* e *nomen contractus*, Azone poggia le basi di un'architettura tutta centrata sul ruolo dell'*id quod interest* all'interno della struttura di tutela di un dato contratto. Definito esclusivamente come prestazione che ha ad oggetto un *facere*, tanto positivo quanto negativo, l'*incertum* come oggetto della *condictio* non può che essere interpretato alla luce delle dogmatiche sull'interesse.

Così continua, difatti, il passo appena citato:

« Nam si agatur ex eo ad factum agitur actione ex stipulatu... sed et potest agi ex eo ad interesse quia ubicumque factum est in obligatione ad interesse [*agitur*] » ⁽¹¹⁴⁾.

Una notazione che attende di essere letta con particolare attenzione. In quanto azione avente ad oggetto una prestazione determinata *in dandum*, quindi finalizzata ad ottenere il trasferimento della proprietà di un bene, la *condictio certi* può tutelare soltanto obblighi che non siano suscettibili di un soddisfacimento alternativo *in id quod interest*. Nel caso in cui l'obbligazione sia *in facendum* l'azione atta a perseguirla deve necessariamente ammettere la possibilità di

⁽¹¹³⁾ AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur*, (p. 107 col. 1).

⁽¹¹⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

una liberazione in *id quod interest*, aspetto nel quale si realizza il suo essere *incerta* ⁽¹¹⁵⁾.

Per questo tramite logico la *certitudo* diviene una valutazione che può estendersi anche al contratto, che è *incertum* tutte le volte in cui ha per oggetto una prestazione che non può essere sanzionata in via esclusiva, ma deve ammettere la subordinazione con l'interesse. In questi casi, secondo lo schema che abbiamo visto realizzarsi nella compravendita, l'*id quod interest* non costituisce l'oggetto dell'obbligazione, ma è l'unico termine su cui possa esercitarsi la coazione di un giudicato.

In quanto prestazione subordinata, derivante dall'inadempimento di un obbligo principale, la corresponsione dell'interesse è tutelata secondo regole proprie:

« Sic ergo ad hoc interesse quod est pene incertum velit quis agere conditione certi cum ipsum dari sit in obligatione non video cur non possit. [...] Quod nam dicitur incerti agendum expone id est ex incerta stipulatione conditio certi ad interesse. » ⁽¹¹⁶⁾.

L'obbligazione a prestare l'*id quod interest* ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una somma di denaro: di stretta conseguenza essa può essere richiesta alla parte ulteriormente resistente con la *condictio*. In questo senso, l'interesse funziona da momento di certificazione di una fattispecie contrattuale per sua natura incerta, come nel caso della stipulazione in *facendum*, il cui inadempimento genera comunque un'obbligazione *certa*, la corresponsione dell'equivalente risarcitorio.

Il nucleo sul quale i primi glossatori giungevano ad una totale definizione della struttura della *condictio* si spezza, nell'apparato di Azone, in una diarchia di significato. Il concetto di *certum* distingue ancora la determinatezza dell'oggetto della prestazione, in termini

⁽¹¹⁵⁾ Nell'ellitticità del testo, il riferimento all'*actio ex stipulatu* rende palese questo lato della costruzione. La *stipulatio*, difatti, origina una tutela generica nella *condictio certi*, allorché abbia ad oggetto un *dare* oppure una tutela specifica nell'*actio ex stipulatu* quando l'oggetto del contratto è un *facere*. Quest'ultimo rimedio è tipicamente un'azione alternativa, definibile solo attraverso l'*id quod interest*.

⁽¹¹⁶⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

pienamente reminiscenti della nozione romana ⁽¹¹⁷⁾. Nel momento in cui il giurista si dispone a definirne organicamente il termine opposto, giunge immediatamente a isolare un diverso significato alla *certitudo*, fatto per qualificare non già l'oggetto del contratto, ma la sua stessa struttura ⁽¹¹⁸⁾.

Questa nuova prospezione interpretativa, abbozzata da Azone in modo spesso non organico, trova chiarimento in termini sistematici nella *Glossa Magna*. Innanzitutto per quanto riguarda la definizione del *certum*, terreno sul quale possiamo notare come l'*interpretatio* si allontani sempre più da una nozione di tipo monistico-oggettivo.

Un primo riscontro si può trovare nell'esplicitazione delle regole di tipizzazione delle prestazioni contrattuali secondo il criterio della *certitudo*:

« *Certi esse. si stipulor fieri, venit interesse... Idem si rem tradi... idem si rem praestari... sed ubi dari: tunc quod hic, ut omnimodo fiat mea.* » ⁽¹¹⁹⁾.

Si distinguono tre tipi di prestazione. La prima, il *facere*, è tradizionalmente un *incertum*; l'ultima, il *dare*, altrettanto tradizionalmente *certa*. L'importanza di questi scarni incisi si misura sulla qualificazione nell'ambito dell'*incertum* delle prestazioni consistenti in un *tradere* o in un *praestare*. Un risultato cui si perviene sistema-

⁽¹¹⁷⁾ « est autem certum cuius species vel quantitas que in obligatione versatur ex ipsa pronunciazione facta nomine proprio vel demonstratione que fungitur eius vice apparet que sit qualis sit quanta sit ». AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

⁽¹¹⁸⁾ In una relazione definitoria che non si basa solo su un fattore, come dimostra questo inciso: « Porro comodatarius et depositarius obligati sunt ad certum non tamen dandum sed restituendum, et ideo non tenentur conditione... unde etiam contingit quod conveniunt ad interesse vel ad fructus quod non est in conditione aliqua nisi furtiva... ». La *certitudo* azoniana si definisce nel trasferimento della proprietà; quelle prestazioni che, pur avendo un certo bene ad oggetto, tuttavia non trasferiscono la proprietà, ma altra situazione giuridica, non rappresentano delle ipotesi di contratto *certo* e quindi, sia pure su obblighi complementari al principale, ammettono la valutazione *in id quod interest*.

⁽¹¹⁹⁾ GLOSSA « *Certi esse* » in *l. Ubi autem non apparet, ff. de verborum obligationibus*.

ticamente, partendo dal dato dell'ammissibilità dell'*id quod interest* nelle azioni finalizzate alla loro tutela.

La valutazione in termini di *certitudo* non riguarda più l'elemento su cui si esercita l'*obligatio*, ma si inverte unicamente in un momento di qualificazione della struttura contrattuale. Una glossa particolarmente complessa contiene il primo momento della nuova costruzione sistematica. Essa merita di essere riportata nella sua totalità:

« *Certum petitur*. Quid sit certum, habes supra eodem lege certum et subaudi hic scilicet dari ut debitum: non ut meum: quia tunc vindicatio non conductio datur: nisi contra furem. » ⁽¹²⁰⁾.

La struttura del testo è particolarmente significativa, ai nostri fini. L'inizio realizza definitivamente quel processo di astrazione di un significato nuovo di *certum* dalla nozione partecipata dal testo romano. La glossa dà per acquisito questo primo concetto e lo pone a base di una nuova significazione, per la quale è *certa* soltanto la fattispecie dalla quale deriva l'obbligo per una parte di trasferire la proprietà di un bene all'altra.

La *certitudo* si definisce ora nei due elementi della *res certa* e della *certa obligatio*. Sfugge difatti ad ogni cospezione in termini di *certitudo* la semplice restituzione di una cosa che sia già nel dominio di chi la chiede: chi agisce in rivendica chiede un oggetto certo e determinato, ma la struttura dell'obbligazione non è esprimibile secondo il significato tecnico della nozione di *certitudo*, poiché in questo caso l'*id quod interest* non riveste alcun ruolo.

La duplicità di significato della nozione di *certum* viene adoperata come cifra unitaria per l'interpretazione delle altre ipotesi possibili:

« Sed nunquid cum actione ex empto, vel praescriptis verbis datur, vel similibus, in quibus ad tradendum agitur, non ad dandum: ut infra de actionibus empti in principio? Responde sic: unde dic certum petitur scilicet dari vel tradi. at ubi factum purum est, ut facere fossam et similia,

⁽¹²⁰⁾ GLOSSA « *Certum petitur* » in *l. Certi conductio ff. si certum petitur*.

habet locum ex stipulatu: ut infra de verborum obligationibus l. ubi autem § qui id quod. »⁽¹²¹⁾.

Nel caso delle fattispecie determinate *in tradendum*, rileva solo uno dei due significati possibili di *certitudo*, precisamente quello concernente la determinatezza dell'oggetto, ma non quello atto a rappresentare la struttura complessiva del contratto. Nella glossa « *Certi esse* », che abbiamo sopra esaminato, il giurista pone in graduazione sulla norma della *certitudo* le tre ipotesi di prestazione: usando del medesimo ragionamento, egli pone nella stessa relazione tre fattispecie, definite in base a quelle. La fattispecie *in tradendum* rileva quindi come termine medio tra la piena *certitudo* dell'ipotesi *in dandum* e la piena *incertitudo* di quella in *facendum* ⁽¹²²⁾.

Una definizione nella quale assume il massimo rilievo l'*id quod interest*:

« Sed cum in actione ex empto interesse praestando liberetur: ut infra de actionibus empti lex prima. nunquid in hoc idem est quando in eius locum datur? Dic quod sic... sed nunquid in locum actionis commodati vel pignoratitiae vel similis datur haec conditio? Responde non: quia ibi neque ad dandum neque ad tradendum, quod non sit meum daretur, sed ad meum restituendum. Accursius » ⁽¹²³⁾.

La fattispecie determinata nel *tradere* è in realtà definita dalla presenza dell'*id quod interest* come prestazione alternativa; questo carattere vale a tenerla distinta dall'ipotesi in *dare* e, ulteriormente, da quelle ipotesi in cui una parte è obbligata a restituire. Una razionalizzazione, come è agevole notare, assolutamente speculare a quella condotta dalla *Glossa* sul terreno dogmatico specifico dell'interesse e che già abbiamo avuto modo di analizzare. Essa conduce a sistematizzare la distinzione tra contratti *certi* e *incerti*, portando

(121) GLOSSA « *Certum petitur* », cit.

(122) Una distinzione la cui nettezza si percepisce osservando il riferimento della glossa citata all'*actio ex stipulatu*, rimedio predisposto dal diritto romano esclusivamente per le stipulazioni che abbiano ad oggetto un *facere* e che si contrappone quindi alla tutela della *certi conditio*, che si riconnette strutturalmente alle ipotesi di stipulazione predicata nel *dare*.

(123) GLOSSA « *Certum petitur* », cit.

definitivamente sul piano della struttura del contratto un criterio isolato faticosamente su altri terreni:

« *Ex certo*. Dic certum contractum in quo continetur certum: incertum in quo continetur incertum: ut factum, sed ad interesse certificandum per sententiam iudicis. »⁽¹²⁴⁾.

Troviamo esplicito nella *Glossa* ciò che abbiamo visto in bozzo in Azone: il ruolo di certificazione dell'*id quod interest*. Esso dà la misura della *certitudo* di una fattispecie: più questa è provvista *ex ante* di un alto grado di certezza, meno rileva la valutazione in equivalente. Su questa base si realizza la dimensione del definitivo trapasso da una concezione monistico-oggettiva della *certitudo* ad una pienamente funzionale alla struttura del contratto:

« ...at si ad factum praecise agitur prius, et postea: est ibi incertitudo. nec obstat quod hic dicit, certum petitur, quasi principium sit considerandum: ut tunc sit certum: quia etiam prius est certum ratione spei infallibilis. Nam debet probari, et condemnatio fieri certa super interesse »⁽¹²⁵⁾.

Per la *Glossa* accursiana, è ormai pienamente indifferente la certezza *in re ipsa* dell'oggetto del contratto per descrivere la certezza della fattispecie complessiva. Ogni prestazione, in linea di principio, ammette una sua valutazione in equivalente; soltanto, essa è normativamente valutabile secondo gradi diversi, nullo in certe ipotesi, massimo in altre. Tale qualificazione dà la misura della *certitudo* della fattispecie contrattuale complessivamente considerata. Un giudizio, questo, che riguarda l'esclusività della struttura obbligatoria, considerata indipendentemente dalle sue modalità di conclusione⁽¹²⁶⁾.

Sul criterio dell'autonoma valutazione della *certitudo* di una

⁽¹²⁴⁾ GLOSSA « *Ex certo* » in *l. Certi condictio ff. si certum petatur*.

⁽¹²⁵⁾ GLOSSA « *Ex certo* », cit.

⁽¹²⁶⁾ Ritorna non a caso la critica a quei giuristi, non meglio precisati, che ritenevano di poter distinguere i contratti *certi* da quelli *incerti* sulla base di una tipizzazione del momento genetico: « ...et exponunt hic ex certo, id est, nominato, sive ex incerto, id est, innominato contractu... » (GLOSSA « *Ex certo* », cit.).

fattispecie rispetto a ogni considerazione sulla sua genesi si edifica la razionalizzazione di Odofredo ⁽¹²⁷⁾:

« Et ad hoc ut plene liqueat articulus iste: ita distinguo et advertatis hanc distinctionem: quia alibi non invenietis, aliquando contractus est certus et ex eo petitur certum. Aliquando contractus est incertus et ex eo petitur incertum. Si contractus est certus et ex eo petitur certum: puta peto id quod apparet: quid quale quantucunque sit vel id quod vice nominis fungatur: ut supra eodem l. certum et infra de verborum obligationibus l. stipulationum: et tunc habet locum certi conditio et ita dicam: quia promisisti me illum stichum dare: peto ipsum a te certi condicione generali proposita. » ⁽¹²⁸⁾.

Il contratto può essere *certo* o *incerto* indipendentemente dal fatto che, sulla base di esso, la parte possa chiedere una prestazione *certa* o *incerta*. Su questa considerazione, usando del più classico procedimento dialettico, Odofredo distingue innanzitutto due casi maggiori e internamente omogenei: il contratto *certo* che ha per oggetto una *res certa* e l'ipotesi esattamente contraria, del contratto *incerto* con prestazione *incerta*. Intersecando i termini di queste due definizioni, si ottengono le altre ipotesi, ciascuna delle quali produce una disciplina specifica.

La prima ipotesi, in cui il grado di certezza è massimo, si realizza in quelle fattispecie in cui una parte si obbliga a trasferire all'altra la proprietà di una cosa determinata nella sua *species*. In questo caso l'attore chiede solo e semplicemente questa prestazione e non trova luogo alcuno la valutazione in *id quod interest*.

⁽¹²⁷⁾ Nel suo apparato trovano esito sistematico tutti i temi analizzati e discussi nelle opere precedenti, in una modalità che segnala chiaramente il raggiungimento di un nuovo pensiero, all'interno di un'impostazione maggiormente analitica. Un caso fra tutti: il concetto di *res*. La *lex* con la quale inizia il titolo *si certum petatur* del Digesto dà conto dei presupposti di applicazione della *conditio certi* partendo dalla nozione di *res credita*. ODOFREDO trae su questo punto tutti gli esiti della crisi della concezione monistica della *res* come elemento oggettivo della *conditio certi*: « Unde nota quod hoc nomen rei sumitur equivoce in iure nostro et uno modo res id est causa... Aliquando nomen rei sumitur pro contractu vel obligatione ... Alio modo sumitur res id est aequitas, et sic sumitur hic... » (ODOFREDO, in *l. Bene est, ff. si certum petatur.*). Una sparsa elencazione di significati che, se non si comunica le risposte di questo autore, ci rende piena la dimensione dell'insufficienza che hanno ormai per lui quelle dei giuristi precedenti.

⁽¹²⁸⁾ ODOFREDO, in *l. Certi conditio ff. si certum petatur* n. 7

Al contrario, nella seconda ipotesi:

« Si autem contractus est incertus: et ex eo petitur incertum; ut puta quod promisisti mihi dare hominem in genere vel promisisti facere foveam: si ago ad hominem in genere vel ad foveam faciendam: tunc habet locum ex stipulatu actio non certi *condictio generalis* [...] ibi expono incerti id est propter interesse: quod est incertum antequam certificetur per iudicem. » (129).

L'*incertitudo* di una fattispecie si definisce nel ruolo che l'interesse assume all'interno della struttura di tutela. Da un punto di vista genetico, l'ipotesi totalmente *incerta* che Odofredo costruisce non è in nulla diversa dalla precedente. Entrambe sono delle semplici *stipulationes*, con le quali una parte si obbliga a prestare all'altra una cosa. Nel primo caso, tuttavia, la cosa è specificamente individuata *ex ante*; nel secondo, al contrario, si tratta di una prestazione determinata solo nel genere, tanto nel caso essa consista in un *dare*, tanto nell'ipotesi in cui sia centrata su di un *facere*.

Se l'attore chiede l'adempimento della prestazione così come è stata pattuita, chiede una cosa *incerta*, poiché ammette una valutazione in equivalente, che attende di essere determinata esattamente dal giudice. Se al contrario l'attore chiede direttamente la prestazione risarcitoria, si apre spazio alla terza delle possibili ipotesi:

« Item aliquando est contractus incertus: et ex eo petitur certum pone quod promisisti mihi facere foveam promisisti incertum ...sed quia non facis foveam convenio te ad interesse certae quantitatis pecuniae. » (130).

In questo caso la medesima fattispecie origina un'obbligazione *certa*, sia pure alternativa, che può essere tutelata in giudizio con la *condictio*. Come è agevole notare, Odofredo non guarda più alle situazioni di tutela in termini puramente morfologici, bensì in una prospettiva dinamica. La problematica dell'azione non è più strutturalmente legata ad una data forma contrattuale, ma funzionalmente orientata alla tutela delle posizioni soggettive da questa derivanti.

(129) ODOFREDO, in *l. Certi condictio ff. si certum petatur* n. 7, cit.

(130) ODOFREDO, loc. cit.

Si realizza così il processo di qualificazione autonoma tra momento di tipicità genetica e momento di tipicità del contenuto obbligatorio del contratto, per come ci dimostra il quarto caso configurabile:

« Item aliquando contractus est certus: et ex eo petitur incertum: ut quia promisisti mihi dare stichum si non dares promisisti mihi soluere interesse: si non das peto interesse videor petere incertum: quid dicemus: et certe dicemus si interesse est incertum, tamen dicitur certum quantum ad eventum: quia postea certificatur per iudicem. » ⁽¹³¹⁾.

Il contratto, in questo caso, si compone di due *stipulationes* alternative. Con la prima si promette il trasferimento di un bene, con la seconda si promette di corrispondere l'*id quod interest* nel caso di inadempimento della prima ⁽¹³²⁾. Malgrado il contratto sia certo per struttura, da esso deriva, funzionalmente, la produzione di un'obbligazione *incerta*, che è tale per il ruolo che in essa assume l'*id quod interest*.

⁽¹³¹⁾ ODOFREDO, loc. cit.

⁽¹³²⁾ Il che rende questo caso diverso da quello della *stipulatio poenae*, come promessa di corrispondere una somma già determinata *ex ante* dalla pattuizione dei contraenti. ODOFREDO configura questa quarta ipotesi immaginando una stipulazione alternativa per rendere più semplice l'esempio e distinguerlo più nettamente da quello della prima ipotesi. La parte obbligata a trasferire la proprietà di un oggetto determinato, difatti, non può essere richiesta, né liberarsi prestando l'*id quod interest* nel caso in cui essa si mantenga nel possesso di quel determinato bene. Se ne è stata spogliata o se ne è spontaneamente privata, tanto dolosamente quanto colposamente, essa rimane obbligata alla corresponsione dell'equivalente, per come i giuristi medievali evincono dall'*interpretatio* alla *l. Qui restituere, ff. de rei vindicatione*.

CAPITOLO VI

LA COMPrensIONE DEI TIPI CONTRATTUALI

1. La distinzione tra nominati e innominati contractus nel succedersi delle modalità interpretative. — 1.1. *Emptio* e *permutatio* nella differenza metodologica tra le *duae aetates* dei glossatori. — 1.2. *Nomen* e struttura obbligatoria. — 2. La struttura di tutela del contratto innominato. — 2.1. Tutela soddisfattoria e modalità di conclusione differita. — 2.2. La tutela risolutoria. — 3. Il ruolo della causa. — 3.1. La distinzione tra causa impulsiva e *finalis*. — 3.2. Causa *expressa* e *tacita*. — 3.3. Causa *stipulationis*. — 4. Il modello di attribuzione del tipo nelle fattispecie identificate nel contenuto obbligatorio. — 4.1. Lo schema di definizione reciproca delle fattispecie tra tipologia nominata e innominata. — 4.2. La generale applicabilità del modello tipologico di variazione alle fattispecie bilaterali e unilaterali. — 4.2.1. La fattispecie nominata della *locatio* e le sue varianti innominate. — 4.2.2. *Segue*. Il mutuo. — 4.3. La traslatività dell'atto di disposizione come criterio per l'individuazione del tipo di contratto qualificato nel contenuto obbligatorio. — 5. Conclusioni.

1. *La distinzione tra nominati e innominati contractus nel succedersi delle modalità interpretative.*

1.1. *Emptio e permutatio nella differenza metodologica tra le duae aetates dei glossatori.*

La nostra analisi sui piani di comprensione della realtà del contratto ci ha mostrato una forte discrasia nei metodi interpretativi e nelle finalità dogmatiche tra i glossatori di un primo e di un secondo periodo. Una circostanza evidente nello studio dei criteri isolati sul terreno dell'azionabilità dei patti, ove si può agevolmente notare come l'invalersi del sistema dei *vestimenta* rappresenti una forte soluzione di continuità rispetto alle dottrine precedenti, totalmente centrate sull'assorbimento del criterio del *nomen*.

Macroscopicamente appare, di poi, la forte cesura esistente fra le prime opere giuridiche e gli autori ormai provvidi di ben altri

strumentari per quanto riguarda la comprensione dell'*id quod interest* come cifra generale di razionalizzazione della struttura obbligatoria del contratto e il suo utilizzo come strumento di rappresentazione del grado di *certitudo* delle posizioni soggettive delle parti effetto di una determinata fattispecie contrattuale. L'evolversi delle architetture concettuali su questi due temi ci ha comunicato una tensione sempre maggiore verso l'analisi delle forme contrattuali romane. Si tratta ora di verificare in che termini l'elaborazione dei *vestimenta* e della *certitudo* come criteri generali di comprensione della struttura genetica e della struttura obbligatoria dei moduli contrattuali romani siano serviti ai glossatori più tardi per edificare una vera e propria tipologia, ossia la definizione di un'architettura omogenea nella quale riportare su criteri unitari le differenze tra le singole ipotesi di contratto ⁽¹⁾.

Le testimonianze dei primi *doctores* escludono da principio una tale prospettiva, nel momento in cui utilizzano la monocromia del *nomen contractus* come cifra unica per la comprensione delle forme negoziali. In questa nozione, difatti, i glossatori del primo periodo racchiudono tutte le specificità, tanto genetiche quanto funzionali, delle singole fattispecie romane, che vengono restituite nella loro irriducibile individualità. Solo gli ultimi, aprendosi ad una razionalizzazione che individua le caratteristiche genetiche del contratto su un profilo autonomo rispetto a quello sul quale si descrive la realtà della tutela delle posizioni soggettive delle parti riescono a rendere ogni fattispecie secondo i termini dettati da un modello generale e unitario.

⁽¹⁾ Un concetto, quello di « tipo contrattuale », frutto di una sua particolarissima storia, che lo espone ad un grado particolarmente elevato di polisemia. Notevole difatti la distanza tra una nozione di « tipo » che potremmo definire monista, che esprime il particolare grado di chiusura del regime di riconoscibilità contrattuale proprio delle esperienze giuridiche più antiche dalla nozione maggiormente adoperata e criticata odiernamente. Quest'ultima pone maggiormente l'accento sulla procedura di tipizzazione come operazione volta a rendere la conoscibilità di oggetti non altrimenti definibili. Cfr., al proposito, D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung: die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971; L. KUHLEN, *Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie*, Berlin, 1977. Per una visione più generale sul fenomeno, cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Bologna 1984.

L'individuazione parallela dei *vestimenta* e della *certitudo* costituisce in tal modo una cesura metodologica indispensabile per la pensabilità stessa di una tipologia contrattuale unitaria, cosa di cui possiamo trovare riscontro analizzando i termini in cui i glossatori del primo e del secondo periodo tracciano le differenze tra le fattispecie dell'*emptio* e della *permutatio*.

I giuristi della *prima aetas* descrivono difatti la compravendita come quel contratto che si realizza nel momento in cui le parti si accordano sui due elementi della *res* e del *pretium* (2). Nella compresenza di questi fattori si esaurisce la caratteristica dell'*emptio* come contratto consensuale, tale da concludersi prescindendo dalla necessità di momenti formali o reali. Quest'ultimo dato non viene tuttavia esplicitato dagli autori che non conoscono la dimensione interpretativa offerta dai *vestimenta*: essi si pagano della qualificazione offerta dal testo romano (3), per centrare la propria attenzione esclusivamente sulle caratteristiche del prezzo e del bene che può costituire oggetto del contratto.

Il primo elemento fonda la differenza tra la fattispecie *nominata* della compravendita e quella *innominata* della permuta:

« quod pretium in numerata pecunia consistere debet, alioquin potius esset permutatio quam emptio » (4).

La presenza di una somma di denaro come controvalore del bene scambiato qualifica un negozio di scambio come *emptio*, sulla

(2) SUMMA TRECENSIS, IV, 38, *de contrabenda emptione et venditione*, n. 2: « Contrahitur enim solo consensu habita pretii conventione... ».

(3) L'*incipit* tradizionale dei commenti ai titoli *de contrabenda emptione et venditione* è di questa specie: « Quia societas consensu contrahitur et dominium pro parte alienatur, venditio similiter contrahitur consensu et dominium in totum alienatur, ideo hac affinitate subiungit de contrahenda emptione et venditione, ubi videndum est qualiter contrahatur, in quibus rebus contrahitur. ». (ROGERIO, *Summa Codicis*, 42, *de contrabenda emptione et venditione*). La qualità di contratto consensuale dell'*emptio* viene valorizzata sul dato, puramente esterno, della successione dei titoli del Codice. Un riferimento che è perfettamente sufficiente al giurista per dare per acclarata ogni questione e interrogarsi sugli aspetti di dettaglio dati dalle modalità di conclusione e dalle cose che possono costituirne oggetto.

(4) ROGERIO, *Summa Codicis*, 42, *de contrabenda emptione et venditione*, cit.

base di una precisa contestualizzazione storica che, riportata dal testo romano, è oggetto di profondo interesse per i primi glossatori ⁽⁵⁾. La *permutatio* viene conseguentemente definita in questi termini:

« permutatio est cum rem do ut aliam accipiam, non tamen sub extimatione quantitatis. tunc enim emptio foret » ⁽⁶⁾.

Questa diversità di elementi strutturali corre parallelamente alla differenza tra le due fattispecie quanto al momento genetico:

« contrahitur enim datione, non etiam solo consensu. dando enim etiam me obligas ad fidem servandam, scilicet vel ad hoc ut dem quod convenit, vel si malis, ut id quod dedisti restituam, quasi causa data, causa non secuta ».

La permuta si conclude nel momento in cui una parte esegue la propria prestazione; a quel punto essa può chiedere alternatively, esercitando l'*actio praescriptis verbis*, che l'altra adempia alla sua obbligazione oppure la risoluzione del contratto e la restituzione di quanto dato, attraverso la *condictio causa data causa non secuta*.

La distinzione fra le due fattispecie viene pertanto condotta ma non risolta sul criterio del *nomen*, attraverso una relazione puramente enunciativa. Il *nomen* non rileva qui come momento di attribuzione di una disciplina, ma come termine riassuntivo di due diversi regimi di conclusione e di effetti derivanti da ipotesi contrattuali determinate a priori dal testo romano. Il giurista non riesce a tradurre le differenze tra questi due modelli su un'unica scala, fatta di gradi omogenei. *Emptio* e *permutatio* restano due monadi isolate non definibili mutuamente.

⁽⁵⁾ « nam cum olim non esset nummus, homines permutabant inutilia utilibus, sed quia quandoque contingit ut quod alteri superest alteri desit, nec invicem haberet alter quod alius accipere vellet, materia electa est, que habet perpetuam extimationem, accepta publica forma, ut homines valerent omnes res comparare pecunia, et certa pecunia, que aut diffinita sit conventionem partium, ut puta decem, aut in natura rei sit certa, ut puta si emi fundum quanti in archa habeo ». ROGERIO, *Summa Codicis*, 42, *de contrabenda emptione et venditione*, cit.

⁽⁶⁾ ROGERIO, *Summa Codicis*, 59, *de rerum permutatione*.

Troviamo una piena corrispondenza tra questo modo di analizzare il tessuto delle singole fattispecie e l'organizzazione dei criteri sui quali classificare i *pacta*. Come abbiamo visto, i primi apparati affidavano al *nomen contractus* l'ufficio di distinguere, tra gli accordi azionabili, quelli che ricevevano tutela sin dal momento di formazione del consenso da quelli che abbisognavano di un *quid pluris*, l'inizio dell'esecuzione.

Una prospettiva che non viene utilizzata in chiave interpretativa, ma puramente descrittiva. I primi glossatori non tracciano alcun nesso tra il momento genetico della compravendita e la sua struttura obbligatoria. Nella loro logica questi due profili sono oggetti distinti che prendono vie separate: lo scambio di *res pro pretio* individua la fattispecie della compravendita; in quanto contratto *nominato*, essa produce i suoi effetti al termine di un dato momento genetico. Lo stesso procedimento si esplica per quanto riguarda la permuta.

La relazione definitoria tra struttura genetica e struttura obbligatoria è perfettamente biunivoca. In tal modo un dato contenuto (la consegna di una cosa contro un prezzo in denaro) conduce ad una data procedura di conclusione (il mutuo consenso sugli elementi della *res* e del *pretium*). È vera anche la relazione contraria, per cui ciascun momento genetico è proprio esclusivamente di una data struttura obbligatoria e non di altre: nel momento in cui due soggetti vogliono uno scambio di cosa contro prezzo, non possono ricorrere, anche prevedendolo espressamente, ad un meccanismo a conclusione differita proprio degli *innominati contractus*. Il terzo chiamato a giudicare a posteriori del loro agire è vincolato a riportare gli effetti comunque al momento dell'accordo, senza poter considerare la procedura che le parti hanno congegnato come un momento autonomo rispetto a tali effetti e, come tale, nella piena disponibilità delle parti stesse. Per i giuristi cui è sconosciuta la sistematica dei *vestimenta* la compravendita e la permuta costituiscono pertanto due modelli individuati: se in una determinata fattispecie concreta non sono riconoscibili i caratteri strutturali del primo, non per questo essa potrà essere legittimata e sanzionata alla luce del secondo.

Lo schema di ricostruzione delle differenze tra queste due fattispecie viene espresso dai giuristi del secondo periodo in termini diversi, conseguenti alla maggiore capacità definitoria dei nuovi strumenti concettuali, pur sottesi i valori comuni alla medesima

civiltà giuridica. Nella costruzione di Azone possiamo trovare più conferme ai risultati cui siamo pervenuti analizzando la dottrina dei *vestimenta*.

Innanzitutto per quanto riguarda il ruolo del *nomen* come criterio discrezionale delle diverse realtà contrattuali. Nel pieno invarsi della nuova sistematica, di cui Azone è principale protagonista, il *nomen contractus* non rappresenta più il cardine dell'azionabilità di una fattispecie, criterio unitario di classificazione. Esso, come abbiamo visto, si conserva tuttavia all'interno della maggiore complessità delle nuove architetture in un'accezione che privilegia il dato strutturale. Il *nomen* dei tardi glossatori non è quindi — come presso i più antichi — il termine unico di indagine per ottenere una catalogazione delle forme contrattuali romane, ma l'attributo che risulta a talune di esse rispetto ad altre in virtù di una sistemazione che viene tracciata su altri profili (7). Il conferimento o meno di un *nomen* indica, in particolare, la compiutezza strutturale dei modelli contrattuali, la cui azionabilità viene descritta altrove, sulla presenza o meno di un momento di qualificazione.

Esaminare qui la differenza tra *permutatio* ed *emptio*, che abbiamo già visto rappresentare per questi giuristi un terreno fertile di quesiti, ci porterà a verificare se tale completezza venga o meno descritta in termini di maggiore o minore aderenza ad un modello di fattispecie, condizione necessaria ma non sufficiente per avere una tipologia contrattuale.

Le soluzioni degli autori più recenti ci indicano chiaramente la distanza con i primi protagonisti del diritto comune:

« Permutatio est unius rei per alteram praestatio et stat in generali nomine. quippe omnis contractus nominatus vel innominatus in larga appellatione potest dici permutatio, ex quo invicem datur et accipitur. ergo et venditio et locatio. sed ex inopia nominum, quia plura sunt negocia quam vocabula ut ff. de praescriptis verbis l. quarta optinuit ut praefata permutatio que erat olim ante monetam percussam in speciebus tamen

(7) Abbiamo esaminato da un angolo diverso parte della materia che si espone qui, osservando la distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* come criteri interpretativi per la distinzione delle fattispecie.

contrahatur sicut et olim contrahebatur antequam esset pecunia percussa vel venditio inventa... »⁽⁸⁾.

Azone parte da una definizione minima di permuta, che condurrebbe facilmente a definire in tal modo ogni contratto, in quanto atto volto alla partecipazione reciproca di utilità. Inaugurando un *modus exponendi* che godrà di molta fortuna e attraverserà tutto il corso del diritto comune classico, Azone prende in considerazione diverse tesi per rispondere al perché la permuta debba essere considerata un contratto innominato. Rinunciando a fermarsi dinanzi alla minima sostanza del dato storico, che tanto affascinava gli autori precedenti, Azone tenta altre risposte, di cui una più protesa verso l'analisi strutturale della fattispecie, l'altra maggiormente volta a considerare il momento genetico.

Ciascuna ci partecipa un lato della realtà del problema. Da un lato la *permutatio* è una fattispecie strutturalmente aspecifica:

« licet hoc nomen permutatio ita competenter declinetur sicut et venditio et locatio, tamen quia late patet et nimis est incertus secundum significationem verborum, contractus iste qui dicitur permutatio censetur innominatus quia caret nomine certo id est speciali, nam ut dixi omnem significat contractum ex quo quid datur vel accipitur sicut et dicimus in do ut des... »⁽⁹⁾.

Sotto un altro profilo, la *permutatio* è una fattispecie a conclusione differita. I contratti nominati, difatti, trovano nella conclusione il momento in cui sorge la loro obbligatorietà:

« vel potest alia ratio assignari, nam contractus illi dumtaxat nominati sunt ex quibus statim ut sunt nascitur obligatio, ut vides in deposito commodato venditione locatione. Nam licet in deposito et comodato locatione venditione re non consensu contrahatur obligatio tamen statim ut sunt parit actionem id est re comodata vel deposita ».

La permuta, al contrario, abbisogna di un momento successivo di qualificazione, dato dall'inizio dell'esecuzione. Nel lessico fornito

⁽⁸⁾ AZONE, *Summa Codicis, de rerum permutatione et prescriptis verbis actione*.

⁽⁹⁾ AZONE, *Summa Codicis*, loc. cit.

dalle nuove costruzioni, il patto con cui si intende scambiare una cosa con un'altra necessita di essere vestito *rei interventu*:

« permutationis autem contractus licet factus sit voluntate partium et ideo hincinde naturalem induxerit obligationem, non tamen datur actionem, imo exigitur rei interventus, et tunc non ex rei interventu, sed ex praecedenti pactio agitur ut infra eodem lex Ex placito sed in deposito et comodato et similibus ex re tradita praestatur initium obligationi » ⁽¹⁰⁾.

Questo tipo di razionalizzazione, che nella sua prospezione generale abbiamo già avuto modo di incontrare, rappresenta una notevole soluzione di continuità con il passato. Rogerio, che è stato prima preso ad esempio dei giuristi del primo *ordo glossatorum*, intende la compravendita e la permuta come due realtà contrattuali comunicabili, segnando la circostanza che l'una si conclude con il consenso, l'altra con la dazione di una cosa.

Azone, all'opposto, non presta attenzione a questo dato riguardandolo in termini di struttura, ma di funzione: la disuguaglianza tra *emptio* e *permutatio* si misura sul momento in cui sorge la piena azionabilità. La diversità delle fattispecie di conclusione è una conseguenza di tale fenomeno. Uno schema, questo, che potrebbe legittimamente apparire nulla più che una nuova e contorta esposizione di una materia che rimane tuttavia eguale, nelle sue conseguenze pratiche, tanto nei giuristi più risalenti quanto nei più recenti.

Il punto è un altro: questa nuova razionalizzazione segna il momento di individuazione nel tessuto delle singole fattispecie di due linee di ricostruzione della tipicità. Ciò che prima veniva raffigurato come una monade in sé intangibile e perfetta, viene ora scandito su caratteri isolati attraverso l'elaborazione di criteri generali. In tal senso la *datio* rogeriana non è equivalente all'*interventus rei azoniano*, poiché la prima rileva nella nozione di *permutatio* come elemento definito in sé stesso, il secondo come fattore costitutivo che può essere partecipato anche ad altre fattispecie.

⁽¹⁰⁾ AZONE, ult. loc. cit.

1.2. *Nomen e struttura obbligatoria.*

Lo strumento dei *vestimenta* consente quindi di rappresentare in termini generali quegli aspetti della vicenda contrattuale che, prima, potevano essere descritti unicamente nella loro singolarità di elementi propri di una determinata forma contrattuale. Il processo di astrazione cui va incontro la configurazione degli elementi genetici del contratto trova riscontro nella parallela opera di descrizione generale dei momenti caratterizzanti la struttura obbligatoria, mediante il ruolo definitorio della *certitudo*.

Un dato che ci viene fatto immediatamente palese dalla riflessione di Azone:

«*Contrahitur permutatio sicut placuit sapientibus tunc demum quando convenit ut certa species detur pro certa, puta ille stichus pro pamphilo, illa turris pro hoc agro, quod quidem non est lege expressum aperte scilicet id commiscent, quia quotiens de permutatione loquitur lex certam hinc inde designat speciem*»⁽¹¹⁾.

I primi glossatori rendevano la struttura della permuta nella sua singolarità di fattispecie, individua e inconciliabile con altre consimili, attraverso il riferimento negativo con la compravendita. In quella prospettiva, come ci viene comunicato esplicitamente da Rogerio, la permuta è quel contratto in cui la cosa data non è rappresentabile come misura omogenea del valore di quella ricevuta. Se così fosse, se l'oggetto che la parte obbligata dalla *datio* effettuata da un soggetto determinato deve prestare fosse comunque traducibile *in expressionem quantitatis* avremmo una compravendita.

I termini definitori di Azone sono estremamente diversi. La *certa species pro certa specie* della sua nozione non è equivalente al *rem do ut aliam accipiam* di Rogerio. Possiamo dimostrarlo notando come tali espressioni siano immediatamente conseguenti alle due concezioni dell'*id quod interest*. È così che la concezione rogeriana del tessuto obbligatorio della permuta è reminiscente della principale *distinctio* del suo apparato sull'*id quod interest*: quella tra interesse *circa rem* e *extra rem*. Rifiutandosi di adempiere alla sua prestazione,

(11) AZONE, ult. loc. cit.

il venditore — lo ricordiamo — è tenuto a corrispondere al compratore l'interesse *circa rem*, ossia il valore composto di tutte le utilità che il bene avrebbe al momento del giudizio:

« id omne prestandum est, quoniam saltem hodie dandum est: si enim datum esset, id omne emptor habiturus esset...ideoque omnes utilitates quae circa rem consistunt dicimus esse prestandas » (12).

In questa prospezione, l'interesse indica soltanto un criterio per la quantificazione dell'equivalente monetario, che parte dall'ipotesi della certezza *in re ipsa* della prestazione. Su questa nozione di interesse Rogerio ricostruisce la struttura dell'*actio empti*, come abbiamo già esaminato. L'*actio praescriptis verbis*, tutela soddisfacente della permuta come di altri contratti nominati (13), è anch'essa descritta dal testo romano come un'azione *in id quod interest* (14), quindi, anche nella dizione rogeriana, è un'*actio incerta* (15).

Rogerio ricostruisce questa caratteristica della permuta all'interno del proprio sistema:

« qua re autem hec actio semper incerta appelletur videndum est. et hoc ideo, quia ex incerto contractu, seu ex incerta obligatione semper nascitur... » (16).

In questa formula, Rogerio si conferma del novero di quei giuristi che identificavano il contratto *incerto* nel contratto *innomi-*

(12) ROGERIO, *Summa Codicis*, VII, 31, *de interesse* n. 2. È appena il caso di ricordare che l'apparato rogeriano è identico a quello contenuto nella *SUMMA TRECENSIS*, che abbiamo ripetutamente citato *supra*.

(13) E cioè del *do ut des*, del *do ut facias* e del *facio ut facias*, ma non della fattispecie *in facio ut des*: « Quod si faciam, ut des, et postea quam feci, cesses dare,; nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur » (*L. Naturalis § quod si faciam, ff. de praescriptis verbis*; D. 19, 5, 5). Un punto sul quale si eserciteranno molte dispute, presso i glossatori.

(14) « in qua actione id venit, non ut reddas, quod acceperis: sed ut damneris mihi quanti interest mea illud, de quo convenit, accipere ». *L. Naturalis § et si quidem, ff. de praescriptis verbis*; D. 19, 5, 5.

(15) « Ex natura actionis quod interest prestatur et in bone fidei iuditiis et in aliis incertis actionibus ». ROGERIO, *Summa Codicis*, VII, 31, *de interesse* n. 20.

(16) ROGERIO, *Summa Codicis*, IV, 60, *de praescriptis verbis*.

nato⁽¹⁷⁾, operando quindi una qualificazione della fattispecie in una accezione totalmente avulsa dalle particolarità della struttura obbligatoria del contratto. Usando di questo schema di ricostruzione, la realtà della permuta non può essere descritta altro che in termini di scambio di *res*, intendendo la materialità del bene, la dimensione in cui si prospetta l'*utilitas* che si realizza nell'interesse.

Azone inquadra completamente il problema alla luce dei nuovi risultati dogmatici sul terreno dell'*id quod interest* e quindi sul grado di certezza della struttura complessiva. La *certa species* propria della sua nozione deriva da una nuova consapevolezza sull'assetto obbligatorio della permuta:

« Competit actio praescriptis verbis ad interesse, tempore contractus crescit nam maxime a tempore more usque ad sententiam. Ideo non dicitur incerta quia ad interesse quod nondum est certum sed erit certum per sententiam competit infra eodem lege rebus hoc ita si non detur ab altera parte quod dari debuit. Idem si non fiat res accipientis, ut ait Paedius unde et dicit rem alienam dantem nullam contrahere permutationem... »⁽¹⁸⁾.

In questo passo, non perfettamente perspicuo, Azone cerca di risolvere una fondamentale contraddizione tra due testi romani. Il primo, cui abbiamo già fatto allusione, è il *locus primus* usato dai glossatori per descrivere la categoria degli *innominati contractus*; esso stabilisce che l'*actio praescriptis verbis* compete in *id quod interest* e non per la tradizione forzosa del bene oggetto della prestazione della parte obbligata. Il secondo, cui Azone rimanda esplicitamente nel testo, stabilisce che la permuta non si conclude ove la parte che dà inizio all'esecuzione lo faccia prestando una cosa non di sua proprietà⁽¹⁹⁾. Ciò porta l'interprete a descrivere la permuta come una fattispecie qualificata nel *dare*, nella prestazione *certa* a trasferire la proprietà della cosa, piuttosto che nel *tradere*,

(17) « ...et appellatur quidam certum contractum nominatum. Incertum appellatur innominatum ». AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (p. 107 col. 1). Cfr. *supra*, cap. 5, par. 6.

(18) AZONE, *Summa Codicis, de rerum permutatione et praescriptis verbis actione*.

(19) « Ideo Paedius ait, alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem ». *L. Sicut aliud, ff. de rerum permutatione* (D. 19, 4, 1).

prestazione *incerta* che prescinde da questo dato ⁽²⁰⁾. Questo elemento sintetizza, nell'uso dei nuovi criteri, ogni esigenza di qualificazione della struttura contrattuale della permuta, per come è più chiaramente detto in una glossa siglata da Accursio:

« Ideo Paedius. scilicet quia ex re tradita et accipientis facta datur initium permutationi: quod in re aliena fieri non potest... » ⁽²¹⁾.

Da questa rappresentazione derivano delle conseguenze sistematiche che i primi giuristi non erano in grado di raffigurare. Le possiamo apprezzare su due profili, l'uno dato dalla interrelazione fra i diversi rimedi processuali posti a tutela della *permutatio*; l'altro — intimamente connesso nell'ottica della *certitudo* — dato dal complesso di elementi che ne costituisce l'assetto obbligatorio. Sul primo si consuma l'intima contraddizione cui si accennava prima:

« ..et est mirabile in his contractibus innominatis quod venit interesse licet sit in obligatione ut notavi infra de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur § ubi autem rem dari. Item venit ut fieret quod convenit ut ff. de praescriptis verbis l. ob causam et infra de donationibus l. legem » ⁽²²⁾.

Posto di fronte all'incompatibilità fra due massime, l'una data esplicitamente dal testo, l'altra — la definizione della prestazione in *dare* come massimo grado possibile di *certitudo* — ricavata in via autonoma, il giurista opta implicitamente per il proprio sistema.

⁽²⁰⁾ Se fosse determinata *in tradendum*, la permuta ammetterebbe anche l'integrazione attraverso una cosa non di proprietà del dante causa. Trasferendo la materialità del bene, come è nell'ipotesi normale di compravendita, il venditore mette in condizione il compratore di acquisirne il possesso e, quindi, la proprietà. Di fronte al vero proprietario della cosa, il compratore non ha mezzi per opporsi alla vendicatio, ma dispone della tutela obbligatoria dell'evizione verso il venditore. *L'emptio*, come abbiamo più volte detto, non trasferisce la proprietà, ma soltanto un *titulus acquirendi*, che va a far parte degli elementi costitutivi di un'altra fattispecie, mediante la quale il compratore costituisce il proprio dominio sulla cosa. L'espressa dizione del testo romano impedisce un tale schema nella permuta, facendone quindi un contratto che si conclude e perfeziona solo con l'effettivo trasferimento del diritto, che deve realizzarsi pienamente in capo all'acquirente per solo effetto del contratto stesso.

⁽²¹⁾ GLOSSA « Ideo Paedius » in l. *Sicut aliud*, ff. de rerum permutatione.

⁽²²⁾ AZONE, *Summa Codicis, De rerum permutatione et praescriptis verbis actione*.

Così Azone, nel passo appena citato, dopo aver sottolineato l'inconciliabilità della rilevanza dell'*id quod interest* in un'azione posta per la tutela di un obbligo al trasferimento della proprietà della cosa, suggerisce una possibile ambivalenza dell'*actio praescriptis verbis*.

Una via che è riscontrabile anche nella *Glossa*:

« *In qua actione. Scilicet praescriptis verbis, quae oritur ex tali obligatione civili, nam per hanc actionem agitur ad interesse, vel ad fieri quod est conventum: ut hic, et Codex eodem l. cum precibus in fine et infra eodem l. ob eam et infra proximum. sed per conditione ob causam repetitur datum: ut hic subiicit, et Codex eodem l. quoniam* » (23).

Il ruolo dell'*id quod interest* viene così descritto, nell'*actio praescriptis verbis*, secondo una struttura di tutela molto diversa rispetto a quella riscontrabile nell'*actio empti*. In quest'ultima l'attore chiede la consegna della cosa acquistata e, in via subordinata, l'equivalente risarcitorio; spetta al convenuto scegliere quale prestazione effettuare. Il soggetto che agisce *praescriptis verbis*, al contrario, usa di questo mezzo per chiedere, sulla base di una sua elezione, la consegna del bene pattuito o, in sua vece, una somma di denaro calcolata *in id quod interest*. Costruita in tal modo, antitetico rispetto al *dictum* romano (24), l'*actio praescriptis verbis* riesce a conciliare questi due aspetti in opposizione (25). Uno schema che conferma la descrizione della struttura complessiva del negozio come qualificata *in dandum*, ossia nell'obbligo al trasferimento della proprietà della cosa (26).

(23) GLOSSA « *In qua actione* » in *l. Naturalis § et si quidem, ff. de praescriptis verbis*.

(24) La *l. Naturalis § et si quidem*, sopra citata in nota 14, non fa alcun accenno alla possibilità reipersecutoria dell'*actio praescriptis verbis*, stabilendone come unico oggetto l'*id quod interest*.

(25) Si confronti anche la GLOSSA « *Servetur* » in *l. Cum precibus, C. de rerum permutatione et praescriptis verbis actione*. Essa, posta a commento di un inciso del testo romano che afferma come l'*actio praescriptis verbis* sia posta per tutelare la *fides placiti*, così soggiunge: « *scilicet ut tradat quod convenit, per hanc praescriptis verbis actionem... Sed an praecise? Videtur quod sic... Sed dico contra, et subaudi hic, nisi velit interesse praestare...* ».

(26) Occorre considerare, di poi, il ruolo complementare svolto all'interno di questo modello ricostruttivo dal rimedio risolutorio della *condictio causa data causa non secuta*. La fattispecie della compravendita non conosce, in linea di principio, una simile

Questa scelta interpretativa del giurista si traduce nella concezione della permuta come dazione di una *certa species pro certa specie*. Una locuzione diversa rispetto a quella centrata sulla *res*, funzionale al continuo depauperamento di importanza definitoria dell'oggetto materiale del contratto rispetto al dato qualificante della struttura obbligatoria. In sé considerata, la nozione di *certa species* si esplica nell'oggetto determinato nella sua individualità; un concetto più specifico rispetto a quello che Rogerio isolava nella *res* che, nella sua astrattezza, individua anche le cose determinate solo nel genere. Questi poteva pagarsi di un concetto indeterminato, non il giurista della seconda *aetas*, dotato di altre reti concettuali. Da Azone in poi, difatti, la diarchia tra *genus* e *species* rappresenta una prospezione derivata dalla *certitudo*:

« Ubi autem non apparet quid quale quantum sit in obligatione incerta est obligatio ergo si fundum non propria appellatione vel hominem in genere sive proprio nomine vel vinum vel frumentum sive qualitate quis dari stipuletur incertum deducit in obligationem... »⁽²⁷⁾.

La *certitudo* come norma di qualificazione della struttura obbligatoria, basata sul ruolo che l'interesse assume nell'individuazione della pretesa perseguibile in giudizio, si trasfonde comunque in una valutazione della certezza della *res*. Una fattispecie determinata nel

tutela. Se il compratore ha pagato interamente il prezzo, ha contro il venditore solo la possibilità di chiedere la consegna della cosa, che può portare alla condanna in un equivalente che superi la somma da lui pagata. In ogni caso, egli non dispone di un rimedio che, risolvendo il negozio, gli dia diritto *sic et simpliciter* alla restituzione del denaro. Nella permuta, al contrario, la parte che dà causa al contratto può agire per la controprestazione, agire per il risarcimento, agire per la restituzione della cosa da lui già trasferita. Questo schema si basa sulla necessità che tale trasferimento abbia per oggetto il pieno *dominium* e non altra situazione reale o possessoria. In caso contrario, il soggetto dovrebbe agire attraverso la *rei vindicatio* e non avrebbe luogo, per assoluta mancanza dei suoi presupposti, la *condictio causa data causa non secuta*.

⁽²⁷⁾ AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (p. 107 col.1). AZONE parte dalla definizione di *certum* data dal testo romano nella *l. Certum ff. si certum petatur*, che abbiamo esaminato *supra*, cap. 5. par. 6, per allacciarsi al commento (reso palese dall'*incipit* del testo sopra citato) della *l. Ubi autem non apparet, ff. de verborum obligationibus*. Così facendo, egli giunge ad una propria definizione non solo del concetto di *certa res*, ma anche del suo opposto, la *res incerta*.

trasferimento della proprietà di un bene specifico consente alla parte attrice di chiedere in giudizio soltanto la prestazione di tale oggetto, non rilevando una valutazione in *id quod interest* ⁽²⁸⁾. La stessa fattispecie, avente ad oggetto un bene determinato solo nel genere, espone al contrario l'attore all'individuazione della *qualitas* della cosa pattuita, lasciando un ruolo maggiore all'interesse.

Due aspetti della *certitudo* che concorrono in egual misura nell'opera di tipizzazione della permuta, in relazione ad altri contratti simili. Il significato di *certum* fondato sulle caratteristiche dell'oggetto della prestazione vale a tenere distinta la permuta vera e propria da altre ipotesi comunque ascrivibili al *do ut des*:

« Si vero certa pro incerta vel incerta pro certa, puta bos in genere pro bove in genere, vel equum in specie pro bove in genere non est permutatio, sed alius contractus innominatus do ut des » ⁽²⁹⁾.

In questo caso, il criterio discretivo del maggior grado di certezza della permuta rispetto alle fattispecie determinate nella *datio genus* è dato dalla diversa rilevanza dell'*id quod interest* quanto al massimo soddisfacimento possibile della pretesa.

Esso si lega funzionalmente al significato di *certum* determinato nella struttura obbligatoria della fattispecie, e quindi individuato su altre coppie di significati, come quella tra *rem dare* e *rem tradere*:

« Mirum est tamen quod ibi dicit contractum esse innominatum si dedi pecuniam ut mihi Stichum dares. Sed dic hoc datum fuisse pecuniam in specie non in quantitate ...vel dic etiam in quantitate sed ideo contractus est innominatus quia agebatur ab utroque de transferenda proprietate stichi in me quod est contra naturam venditionis quia venditor non tenetur facere rem accipientis, ut ff. de actionibus empti et venditi l. ex empto... » ⁽³⁰⁾.

Nell'impostazione di Azone, ormai compresa in un nuovo uni-

⁽²⁸⁾ Salvo, ovviamente, che nel caso in cui, giuste le dottrine dei glossatori sulla *l. Qui restituere, ff. de rei vindicatione*, la parte obbligata non si sia privata del bene per dolo o colpa propria. Cfr. *supra*, cap. 5 par. 6.

⁽²⁹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de rerum permutatione et praescriptis verbis actione*.

⁽³⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum*.

verso di significati, il dato materiale del prezzo scompare come elemento tipizzante. Il fattore di qualificazione è esclusivamente la struttura obbligatoria, letta attraverso la lente dell'*id quod interest* e della *certitudo*: la compravendita è una fattispecie tipicamente qualificata nel *tradere rem*, ossia nell'obbligazione al trasferimento del possesso della cosa venduta alternativa alla prestazione dell'equivalente risarcitorio; la permuta è un contratto tipico qualificato nel *rem dare*, ossia nell'obbligazione insostituibile al trasferimento del pieno dominio sulla cosa scambiata, nei cui confronti l'*id quod interest* rileva solo in via successiva, nel caso in cui l'obbligazione principale non possa essere adempiuta, neanche in via coercitiva ⁽³¹⁾.

2. *La struttura di tutela del contratto innominato.*

2.1. *Tutela soddisfattoria e modalità di conclusione differita.*

I glossatori della seconda *aetas* trovano così nel differente grado di *certitudo* la chiave omogenea per rendere le differenze tra due fattispecie — la compravendita e la permuta — che, comunque centrate sul concetto di scambio, appartengono a due strutture radicalmente diverse. Abbiamo visto come la distanza tra i modelli nominati e innominati dell'antico diritto abbia costituito una fra le principali esigenze dogmatiche in tutti gli apparati fino ad ora

⁽³¹⁾ La costruzione di AZONE si riferisce al caso riportato nella l. *Dedi tibi (secunda)*, ff. de conditione causa data causa non secuta. (D. 12, 4, 16, da non confondere con la omonima l. *Dedi tibi*, posta nello stesso titolo). Il testo romano procede difatti da questa domanda: « Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est? ». Le risposte del testo medesimo non vengono tenute in gran conto dai giuristi medievali. Se osserviamo l'opera di ACCURSIO, notiamo come una prima glossa (alla parola « dares ») dia immediatamente un nuovo tono alla quaestio: « Dares. Ex hoc verbo procedat dubitatio ». Una glossa successiva espone le diverse tesi degli autori medievali sul punto: « Proclivior. Id est ut sit do ut des. et hoc probat tribus rationibus, ut subiicit: sed videtur venditio, cum ex una parte est pecunia, ex alia species ... Solve hic fuit data pecunia in specie: quod potuit fieri... ibi vero in quantitate secundum Ioannem. Vel dic secundum Azo idem etiam si in quantitate in casu huius legis nam quia appositum fuit pactum de dando Stichum id est de transferenda proprietate Stichi: quod est contra naturam venditionis, dicitur esse innominatus contractus. est enim dare accipientis facere... quod venditor facere non tenetur. ». GLOSSA « Proclivior » in l. *Dedi tibi (secunda)* ff. de conditione causa data causa non secuta.

considerati. Essa ci ha consentito di porre in luce l'evoluzione degli strumenti attraverso i quali giuristi di diversi periodi hanno affrontato il medesimo problema. I primi glossatori, costretti nella loro impostazione analitica, non potevano far altro che arrestarsi di fronte al rilievo della radicale inconciliabilità fra queste due tipologie strutturali. Una costruzione che è conseguenza necessaria della stretta alternatività in cui essi pongono l'elemento della *datio vel factum*, caratteristica della morfologia innominata, rispetto a quei momenti che connotano le strutture provviste di un *nomen*.

L'impostazione maggiormente sistematica dei glossatori più tardi porta a racchiudere i due modelli nell'architettura dei momenti genetici organizzata sui *vestimenta*, attraverso l'enucleazione dell'*interventus rei*, lo specifico momento di qualificazione delle fattispecie innominate. Un'operazione che vale a comporre in una costruzione unitaria la differenza tra contratti che si concludono in un unico istante (sia esso quello dello scambio del consenso, della pronuncia di determinati *verba* o della dazione della cosa, come nei contratti reali) e contratti che si concludono secondo una fattispecie complessa, in cui alla formazione dell'accordo deve seguire un momento oggettivo di qualificazione, autonomo rispetto al momento del consenso. Questo contributo originalissimo dei giuristi posteriori si riflette sul piano dell'analisi del contenuto obbligatorio del contratto, ove la distinzione tra modelli nominati e innominati può essere resa mettendo in luce il diverso grado di *certitudo* che caratterizza le fattispecie della seconda categoria rispetto a quelle contenute nella prima.

Una novità sistematica di notevole importanza, che consente di rendere fra loro compatibili due tipologie che i glossatori, tanto del primo quanto del secondo periodo, intendono diversissime circa la struttura di tutela degli effetti. Nel contratto nominato, difatti, tutte le pretese delle parti sono esperibili attraverso un sistema di azioni tipiche, individuate a partire dal contenuto obbligatorio della singola fattispecie. L'*actio empti*, per continuare sull'esempio più immediato, è il rimedio attraverso cui si realizzano processualmente tutte le situazioni soggettive riferibili alla parte acquirente di un contratto di compravendita, tanto quella relativa all'adempimento dell'obbligo principale del venditore, quanto quelle corrispondenti ad obbligazioni secondarie o accessorie, come la garanzia per l'evi-

zione ⁽³²⁾. L'analisi del giurista medievale sulla morfologia nominata è finalizzata a verificare, su una base unitaria fornita dalla *certitudo*, il contenuto di questi rimedi per poi dedurre la struttura obbligatoria del contratto cui si riferiscono ⁽³³⁾.

I contratti innominati sono caratterizzati, all'opposto, da una struttura di tutela che prescinde dall'individuazione del loro contenuto obbligatorio. La realizzazione delle posizioni soggettive delle parti si esercita difatti su due versanti separati, attraverso l'*actio praescriptis verbis* per la pretesa all'adempimento della controparte oppure mediante la *condictio causa data causa non secuta* per la risoluzione. Questi rimedi sono tipicamente riconnessi dal testo romano alla tipologia dei contratti innominati, indipendentemente dalla natura degli obblighi concretamente versati dalle parti nel loro regolamento. Il giurista provvido dello strumento della *certitudo* non patisce problemi particolari nel descrivere in termini strutturali il profilo della tutela soddisfattoria, dal momento che la stessa *lex romana* definisce l'*actio praescriptis verbis* come azione connotata nell'*id quod interest* ⁽³⁴⁾. Egli replica senza difficoltà lo schema isolato su altri terreni:

« In qua actione. Scilicet praescriptis verbis quae oritur ex tali obligatione civili, nam per hanc actionem agitur ad interesse, vel ad fieri quod est conventum » ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Questa caratteristica individua immediatamente la realtà della struttura di tutela dei contratti nominati. Essa non muta, difatti, se prendiamo in considerazione non un contratto bilaterale sinallagmatico e di buona fede come la compravendita, ma un contratto unilaterale e di *ius strictum* come il mutuo. La *condictio certi*, che tipicamente tutela la situazione del mutuante è anch'essa un'azione isolata sull'obbligazione specifica del mutuatario.

⁽³³⁾ Come abbiamo visto, i glossatori del secondo periodo sintetizzano questa realtà all'interno della cifra del *nomen contractus*, un termine antico che viene provvisto di un nuovo significato, tale da renderlo come il termine di descrizione degli obblighi delle parti.

⁽³⁴⁾ Così si esprime la *l. Naturalis* (ossia il testo cui il *Corpus iuris* affida il compito di descrivere le quattro specie di contratti innominati) delineando il *do ut des*: « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam: emptio et venditio est. Si autem rem do, ut rem accipiam (quia non placet permutatione rerum emptionem esse) dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id venit non ut reddas, quod acceperis: sed ut damneris mihi quanti interest mea illud, de quo convenit, accipere... » (D. 19, 5, 5).

⁽³⁵⁾ GLOSSA « In qua actione » ad *l. Naturalis ff. de praescriptis verbis*.

Anche nei contratti innominati l'obbligato non può essere costretto all'adempimento in forma specifica; la pretesa dell'attore deve necessariamente costruirsi sulla prestazione del risarcimento in equivalente e solo in via alternativa rivolgersi all'obbligo principale. Questo lato della tutela non pone quindi ai glossatori del secondo periodo differenze significative tra i modelli nominati e innominati. Notiamo, sotto questo profilo, come essi sottolineino sempre tale dato, esaltando i momenti di identità tra le tutele soddisfatorie di questi due ambiti di fattispecie, altrimenti assai diverse. Osserviamo, a tal proposito, la dottrina di Azone:

« Venit in actione praescriptis verbis id omne quod veniret in actione que daretur ex simili contractu. puta do tibi rem ut rem accipiam. hic veniet id quod veniret in venditione dedi ut faceres id veniret quod veniret in locatione [...] Veniet ergo interesse in actionem istam et dolus et culpa lata et levis ut venirent in consimili contractu » ⁽³⁶⁾.

Le difficoltà definitorie dei primi *doctores* al cospetto degli *innominati contractus* vengono radicalmente superate dalla nuova figura di giurista con un'opera di forte apparentamento delle strutture di tutela proprie delle due diverse tipologie. In particolare, la caratteristica delle azioni proprie delle fattispecie nominate di porsi come unico rimedio processuale per la tutela delle posizioni soggettive che derivano ad una parte in forza del contratto, tanto dell'obbligazione principale quanto di quelle secondarie o accessorie, viene estesa sistematicamente alle ipotesi innominate di volta in volta comparabili.

Per questa via, al rimedio satisfattorio risultante da un contratto innominato in *do ut des* viene esteso il regime dell'azione tipica della compravendita, per cui l'*actio praescriptis verbis*, in questo caso, tutelerà la parte ricevente la *datio* anche dall'evizione della cosa trasferita ⁽³⁷⁾. La stessa azione *praescriptis verbis* si connoterà invece

⁽³⁶⁾ AZONE, *Summa Codicis, de rerum permutatione* (p. 170 col 2).

⁽³⁷⁾ Una soluzione che deriva in linea di principio dall'apparentamento fra le due fattispecie (si veda anche la nota successiva), autorizzato ma non disposto dal testo romano che traccia il parallelo tra il contratto innominato in *do ut des* e la fattispecie nominata dell'*emptio venditio* a fini puramente esemplificativi. L'estensione al *do ut des* del regime di tutela della compravendita incontra dei limiti nella concorrenza della tutela

di un contenuto diverso ove risulti da un contratto innominato strutturato nel *do ut facias*, ipotesi che i glossatori riportano, ancora una volta su una interpretazione indotta ma non determinata dal testo romano, al tessuto della *locatio* ⁽³⁸⁾.

risolutoria, propria ed esclusiva delle fattispecie nominate. Si osservi, al proposito, le varie e contrastanti soluzioni proposte dalla GLOSSA « *Periculo meo* » in *l. Naturalis ff. de praescriptis verbis*, apposta ad un inciso del testo romano in cui si sottolinea come nel *do ut des* (esemplificato nello scambio del servo Scyphus con il servo Stychum) il perimento della cosa oggetto del diritto titolato al dante causa resti nel *periculum* di questi e non del tradente: « *Periculo meo. Scilicet, ante traditionem: sicut est in venditione: ut insti. de contrahenda emptione § cum autem. Sed contra supra de conditione ob causa l. si ibi, et ideo si mortuus et cetera. Solve ibi in genere, hic in specie. Vel dic quod hic scyphi fuerunt aestimati, et loco pecuniae numeratae dati, sed tunc esset emptio: ut C. de rescindenda venditione l. pretii. Vel melius dicas periculo meo erit, scilicet si moriatur, non teneris eum tradere: teneris tamen conventus conditione ob causam, ut quod accepisti restituas. Vel solve ut ibi. Acc. ».*

⁽³⁸⁾ Il paragrafo della *l. Naturalis ff. de praescriptis verbis* che disegna i confini del *do ut facias* rende evidente come l'apparentamento con la *locatio* sia usato dal testo romano in via esemplificativa dei tratti della fattispecie innominata: « At cum do ut facias: si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas pecunia data, locatio erit, sicut in superiore casu emptio. si res sit, non erit locatio: sed nascetur vel civilis in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum conditio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas sive certum tempus adiectum est intra quod manumittatur, ideo quo cum potuisset manumitti, vivo servo transierit: sive finitum non fuerit, et tantum temporis consumptum sit: ut posuerit, debueritque manumitti: condici ei potest, vel praescriptis verbis agi ». La fattispecie nominata richiede che, a fronte della somma di denaro pagata dal conduttore, vi sia un *factum* che sia tale da poter essere oggetto di locazione. Il patto con cui una parte da all'altra una somma perché entro un certo termine manometta un servo è sprovvisto di questa caratteristica e quindi è un contratto innominato in *do ut facias*. In questo caso la parte che ha corrisposto la somma può perseguire l'obbligazione principale in *facendum* della controparte con l'*actio praescriptis verbis* oppure chiedere la risoluzione del contratto e la restituzione di quanto corrisposto con la *condictio causa data causa non secuta*. I glossatori vanno oltre i limiti della *lex romana* nel tracciare l'opera di apparentamento tra modello nominato della locazione e innominato del *do ut facias*. Lo stesso testo difatti afferma — per il caso in cui invece che una somma di denaro la parte dante causa abbia dato la proprietà di una *res* infungibile, esemplificata in un servo — che in caso di evizione del bene prestato la controparte possa esperire l'*actio de dolo* oppure un'azione in *factum civilis*, tipici casi di rimedi residuali del diritto romano. La GLOSSA MAGNA interpreta questo passo riportando anche tale caso nell'ambito dell'*actio praescriptis verbis*, che diventa quindi azione generale per il perseguimento di ogni pretesa non tendente alla risoluzione del contratto: « *De dolo. Id est, praescriptis verbis propter dolum, ut iuretur in litem. Sed quomodo hoc? Responde quia iuratur in nominato contractu, cui hic similis est,*

Il meccanismo della definizione del contenuto dell'*actio praescriptis verbis* dal contratto nominato corrispondente è una tecnica che i glossatori conducono oltre i termini in cui questo argomento viene usato dal testo romano. Essi ricostruiscono questa azione come rimedio generale per la tutela di ogni pretesa di carattere soddisfattorio che risulti ad una parte dal contratto innominato, intendendo per tale quella fattispecie che si connota del *rei interventus*. Nella loro impostazione, difatti, l'*actio praescriptis verbis* viene prodotta esclusivamente dall'elemento strutturale dell'inizio dell'esecuzione. Una volta realizzatasi, l'azione si determina nel suo contenuto sul diverso e autonomo piano individuato dall'*id quod interest*, per connotarsi funzionalmente in modo assai diverso a seconda della natura — in *dare, tradere* o *facere* — delle prestazioni delle parti.

Possiamo avere dimostrazione di questo schema ricostruttivo analizzando le dottrine elaborate dai glossatori circa la fattispecie in *facio ut des*, per la quale il diritto romano esclude la possibilità di esperire l'*actio praescriptis verbis*, lasciando alla parte titolata dell'interesse all'adempimento il solo rimedio dell'*actio doli* ⁽³⁹⁾. La tesi di Azone limita la rilevanza di questo principio, innescando un'interpretazione sistematica volta a comprendere anche il *facio ut des* nei termini di un modello generale di contratto innominato centrato sul momento genetico del *rei interventus* cui corrisponde la ricorrenza dell'*actio praescriptis verbis* come unico rimedio soddisfattorio:

« Et forte habet locum hoc cum mihi ex eo quod facio abest et tibi non adest. ut quia servum manumitto et est ratio quia vestienti contractum debet dari praescriptis verbis vestire autem dico cum ex eo quod facio aliquid tibi abest alioquin daretur de dolo ut supra de dolo l. cum proponas et ff. de praescriptis verbis l. solent ».

argumenta infra § ultimum. Vel ut agatur ad interesse etiam antequam evincatur: ut supra de actionibus empti l. si servus quem § finale. Sed quidam dicunt dari de dolo: et ideo ipso iure nullus est hic contractus, dolo dante ei causam: ut supra de dolo l. et eleganter circa principio. sed male dicunt: ut C. de inutilibus stipulationibus l. dolo. Sed nec per dolum induxi: licet sciens sui de re quam dedi: quae aliena erat. Item ideo non de dolo: quia non principaliter ex meo facto, sed de tuo teneor. Nam quia manumisisti, ideo me obligasti ad dandum. ibi non dedi cum erat alienus ».

⁽³⁹⁾ « Quod si faciam ut des et postea quam feci cesses dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur ». *L. Naturalis ff. de praescriptis verbis § quod si faciam* (D. 19, 5, 5).

Il *dictum* romano è nel senso di non ammettere l'*actio praescriptis verbis* tutte le volte in cui la parte che dà inizio all'esecuzione del contratto innominato sia obbligata ad una prestazione in *facere*. All'assolutezza di questa regola, posta guardando al regolamento innominato da una prospettiva esclusivamente strutturale, il giurista medievale contrappone la sua *interpretatio*, tutta versata in una cospezione funzionale della prestazione del dante causa e della relazione che la lega a quella della controparte. Per Azone, difatti, l'esecuzione dell'obbligo di fare non è consustanzialmente incapace di produrre l'*actio praescriptis verbis*: ciò accade, lasciando come unica tutela l'*actio de dolo*, solo allorché la prestazione del *facere*, pur realizzando una diminuzione patrimoniale nella parte che la effettua non si traduce immediatamente nel miglioramento della situazione del ricevente. La manomissione di un servo, nell'esempio proposto da Azone, rappresenta un ovvio detrimento per il soggetto che inizia l'esecuzione del regolamento innominato, ma non è una prestazione in grado di impegnare l'altra all'adempimento di sua spettanza, poiché non costituisce in sé un arricchimento della posizione di questi ⁽⁴⁰⁾. Mancando questa caratteristica, nella quale si rappresenta in termini tecnici l'idea stessa del trasferimento di un'utilità tra le parti, il contratto rimane privo del suo *vestmentum* e quindi non può essere tutelato con l'azione che in via ordinaria risulta a chi per l'appunto provvede l'accordo innominato del suo momento di qualificazione.

⁽⁴⁰⁾ L'esempio della manomissione del servo è parte integrante di questa interpretazione. Esso rappresenta difatti il segno della lettura sistematica che AZONE fa della *lex Naturalis* § *Quod si faciam* mediante il confronto con un altro passo del *Corpus Iuris*, la *l. Cum proponas C. de dolo malo* che prende in considerazione un accordo con cui una parte si impegna a liberare una schiava o a trasferirne la proprietà all'altra perché — fiduciarmente — la liberi, dando alla prima un *aliud mancipium*. Nel caso in cui il primo soggetto integri questo regolamento innominato effettuando direttamente la *manumissio*, come nell'ipotesi in cui la schiava sia stata comunque liberata dal ricevente, il dante causa dispone dell'*actio de dolo* per perseguire il risarcimento nel caso in cui la controparte non effettui la prestazione dovuta. Nell'ipotesi in cui la schiava non sia stata liberata, tuttavia, il testo dispone per il soggetto che ha integrato il contratto la possibilità di esperire un'azione recuperatoria, nel regime comune degli *innominati contractus*. La posizione di questa disciplina alternativa per un contratto che rimane comunque determinato nel *facio ut des* apre la breccia atta a sovvertire l'assolutezza di principio del paragrafo *Quod si faciam*.

La definizione in questi termini della *ratio* che presiede il regime eccentrico del *facio ut des* si traduce per ciò stesso nella sua *limitatio*: nel caso in cui, difatti, dal *facere* della parte che inizia l'esecuzione del contratto derivi un miglioramento della situazione soggettiva del ricevente, l'azione ad essa spettante sarà l'ordinaria *actio praescriptis verbis* e non la residuale *actio de dolo*.

Una conclusione che viene esplicitata dalla *Glossa* accursiana:

« Sed quaero quare in contractu facio ut des non datur actio praescriptis verbis sicut in superioribus? Responde secundum Azo imo datur nisi in casu, scilicet cum tale sit factum ut mihi absit et tibi non adsit ut C. de dolo l. cum proponas. Et ita intelligitur hic, alias autem bene potest dari praescriptis verbis: cum ratio diversitatis reddi non possit ut infra de verborum obligationibus l. si a Titio »⁽⁴¹⁾.

La scelta della *Glossa* in favore della tesi azoniana è una chiara propensione a valutare la struttura del contratto innominato non secondo la qualità delle singole prestazioni, ma attraverso la configurazione del vincolo che le lega nell'unità della fattispecie⁽⁴²⁾. Da

⁽⁴¹⁾ GLOSSA « *Quod si faciam* » in *L. Naturalis ff. de praescriptis verbis*.

⁽⁴²⁾ Una scelta che appare ancora più evidente considerando la critica che la stessa GLOSSA oppone alla tesi attribuita a GIOVANNI BASSIANO: « Alii ut Io. reddunt talem rationem: quia inveniretur inaequalitas. nam ille qui dat potest repetere quod dedit, et etiam agere praescriptis verbis, ad interesse. at ille qui facit, quod factum est, nequit repetere. ne ergo inaequaliter constituatur actio, recurritur ad actionem de dolo. sed hoc non valet, quia idem inveniretur in do ut facias. nam ibi est inaequalitas praedicta, sed ipsi dicunt quod tunc non facile contingit ut praeveniat in faciendo: et ideo non facile datur ei conditio. Io. dicit factum gravius, quam datum: et ideo durius agitur contra rumpentem fidem: ut infra de poenis l. in servorum § finale quod non placet ». La tesi contestata procede dall'ontologia della prestazione in *facere*, giudicata più onerosa di quella in *dare*, per dedurre la *ratio* del particolare regime del *facio ut des* dalla sua naturale *inaequalitas*, consistente nell'impossibilità per chi ha agito di essere restituito nella sua disposizione patrimoniale, a differenza di chi, avendo conferito un bene determinato, può agire per la sua restituzione. La critica della GLOSSA indica chiaramente il rifiuto di considerare la natura intrinseca della prestazione, a favore di una lettura che privilegia il dato funzionale del vincolo tra gli obblighi delle parti. In particolare, essa sottolinea come, accettata la tesi del BASSIANO, occorrerebbe rilevare la medesima *inaequalitas* nel *do ut facias*, ipotesi tutelata dall'*actio praescriptis verbis*. Ben si capisce: se si fa procedere la descrizione della struttura del contratto innominato dalla natura delle prestazioni coinvolte, il *do ut facias* non è altro che l'inverso del *facio ut des*. Per definizione, dunque, le due fattispecie dovrebbero essere tributate del medesimo regime

questo angolo prospettico il giurista medievale vede nel *facere* un comportamento che, al pari del *tradere* e del *dare*, è nella massima parte idoneo alla circolazione di utilità patrimoniali: egli non riesce quindi a scorgere alcuna differenza tra il *facio ut des* e le altre fattispecie innominate tale da configurare una struttura di tutela tanto difforme.

In questo modo, egli ribadisce che la morfologia del contratto innominato si definisce sul profilo strutturale nel *rei interventus*, ossia nell'inizio dell'esecuzione che costituisce il momento di qualificazione del consenso. Se la prestazione della parte che integra il contratto realizza — indipendentemente che essa consista in un *dare* o in un *facere* — una disposizione patrimoniale a favore della parte che la riceve si produce per ciò stesso l'obbligo di quest'ultima al proprio atto di esecuzione, che viene tipicamente tutelato dall'*actio praescriptis verbis*. La ricorrenza dell'*actio de dolo* caratterizza quindi non già il *facio ut des* nella sua individualità di fattispecie, bensì l'incapacità della prestazione effettuata per prima a costituire titolo per la pretesa all'adempimento della controprestazione. L'esperibilità dell'*actio de dolo* individua così le ipotesi in cui il *pactum* intercorso fra le parti non viene *vestito* dalla prestazione di una di esse, inetta a costituire l'obbligazione altrui. Il presupposto necessario per questa azione risiede nel mancato perfezionamento del contratto; essa tutela la parte diligente in uno schema completamente risarcitorio ⁽⁴³⁾. L'*actio praescriptis verbis*, all'opposto, indi-

di tutela, il che contrasta con l'esplicito dettato romano. Una contraddizione che può sciogliersi solo partendo da un approccio funzionale che, considerando la relazione che lega le due prestazioni, consente di tracciare una differenza più esatta tra le due fattispecie. Seguendo l'impostazione di AZONE («Est ergo ratio prima bona: quia vestienti contractum actio debet dari praescriptis verbis. Vestire autem dico, cum ex eo quod facio, aliquid tibi adest: alioqui datur actio de dolo») il *do ut facias* è un contratto sicuramente tutelabile con l'*actio praescriptis verbis* poiché la prestazione del dante causa realizza sempre e comunque un accrescimento del patrimonio della controparte.

⁽⁴³⁾ Si confronti la GLOSSA «*de dolo*» alla stessa *l. Naturalis § At cum do, ff. de praescriptis verbis* (riportata *supra*, nota 38). Essa è chiara nel ribadire che, ove si aderisse alla tesi di chi, seguendo il testo romano, attribuisce l'*actio de dolo* alla parte di un contratto in *do ut facias* che ha subito l'evizione della cosa ricevuta, si dovrebbe ritenere il regolamento nullo *ipso iure*. Si veda anche l'apparato alla *l. Et eleganter, ff. de dolo malo*, in particolare la GLOSSA «*de dolo actionem*» ove si chiarisce il carattere risarcitorio di questa azione e la GLOSSA «*sed in hoc ipso*», nella quale tale caratteristica è posta

vidua tutte quelle ipotesi in cui l'anticipo dell'esecuzione provvede effettivamente il consenso delle parti del proprio *vestmentum*, portando alla costituzione di un obbligo specifico e corrispondente nella parte ricevente (44).

come conseguenza della nullità del contratto viziato del dolo della parte, ipotesi tributata di un regime diverso ove il dolo provenga invece da un terzo estraneo al contratto. L'*actio de dolo* è quindi solo un rimedio indiretto per ottenere l'adempimento della controparte: in quanto azione volta ad ottenere il risarcimento, e dovendosi questo calcolare *in id quod interest*, il reo sarà indotto ad eseguire la prestazione contrattuale tutte le volte in cui la prestazione alternativa alla quale può essere condannato con l'aspettamento dell'azione giudiziale sia per lui più gravosa.

(44) Il contributo innovativo della tesi di AZONE, ripresa dalla GLOSSA MAGNA, è nel definire tale attitudine della prestazione non in senso ontologico (per come indotto dal testo romano, per cui il *facere* è sempre inabile a produrre titolo), ma in senso funzionale. Osserviamo l'argomentazione di AZONE circa il confronto tra il *facio ut des* e il *facio ut facias*: « haec tamen ratio fallit in facio ut facias ut si de manumittendo convenit ut tu manumitteres ubi dicitur dari actio prescriptis verbis ad interesse quanti mea interest servum habere quem manumisi ut ff. de prescriptis verbis l. naturalis § ultimum. sed ibi erat in obligatione ab illa parte unde agitur ad interesse » (AZONE, *Summa Codicis, de rerum permutatione*, p. 169 col 2.). Lo stesso autore solleva il problema della tenuta della propria tesi di fronte alla quarta fattispecie innominata dell'antico diritto. Ove ciascuna parte si obblighi ad un *facere* che non può tradursi in un arricchimento dell'altra, occorrerebbe attribuire l'*actio de dolo* e non, come specificamente indica il testo romano, l'*actio praescriptis verbis*. La soluzione di AZONE (anch'essa ripresa puntualmente dalla GLOSSA « *quod si faciam* »: « Haec ratio fallit in facio ut facias: ut si de manumittendo convenit, ut manumitteres: ut infra eadem l. in fine. Sed ibi est alia ratio: quia factum est in obligatione ex alia parte: unde agitur ad interesse. ») mediante lo strumento dell'*id quod interest* riporta il *facio ut facias* all'interno del proprio sistema centrato sull'arricchimento, attraverso un'interpretazione che va attentamente analizzata. Nel *do ut facias* la disposizione della parte che integra il contratto, essendo predicata nel trasferimento di un bene determinato, costituisce per principio un miglioramento della situazione soggettiva del ricevente e fonda presso di questi l'obbligo corrispondente ad una prestazione che sia accrescitiva del patrimonio dell'altra; tale prestazione, essendo predicata nel *facere*, ammette l'obbligazione alternativa all'*id quod interest*. Nel *facio ut des* possiamo avere due casi, come abbiamo visto, a seconda che la prestazione del dante causa sia o meno migliorativa della situazione patrimoniale del ricevente. Nell'ipotesi negativa la parte che perfeziona il contratto rinuncia con la sua prestazione alla possibilità di adempiere in equivalente, prestando l'*id quod interest*: ove la controparte non adempia la sua prestazione (che, essendo predicata in *dare* non ammette l'alternativa con un'obbligazione *ad interesse*) la prima ha diritto di essere risarcita della sua diminuzione patrimoniale. Poiché il contratto non si è perfezionato, il rimedio spettante non è quello dell'*actio praescriptis verbis*, diretta immediatamente all'adempimento in forma specifica dell'obbligo della controparte e solo in via mediata alla corresponsione

2.2. *La tutela risolutoria.*

La tipicità del contratto innominato si individua dunque nella potenzialità della prestazione resa dalla parte di un accordo a determinare nell'altra il sorgere di un obbligo complementare alla controprestazione. In questo dato si rappresenta la sintesi fra i due piani di comprensione della struttura del negozio: la caratteristica genetica dell'*interventus rei*, per cui il contratto si perfeziona allorché una parte effettua la prestazione di sua spettanza, trova piena corrispondenza sul profilo concernente la struttura obbligatoria del negozio — descritta dall'*id quod interest* — ove si richiede che tale atto di disposizione realizzi un effettivo trasferimento di utilità patrimoniale ⁽⁴⁵⁾.

dell'*interesse*, ma quello dell'*actio de dolo*, che ha ad oggetto la sola prestazione equivalente. Il *facio ut facias* è caratterizzato dal confronto tra due obbligazioni egualmente valutabili *in id quod interest*: nell'ipotesi in cui la prestazione del *facere* da parte del dante causa sostanzi un trasferimento di utilità tra le parti, questi ha diritto a esercitare l'*actio praescriptis verbis* per richiedere la prestazione in forma specifica, che tuttavia il convenuto può corrispondere nell'equivalente indicato *in id quod interest*; nel caso in cui il *facere* non sia traslativo di utilità, il dante causa ha diritto ad essere risarcito *in id quod interest*, potendo però il convenuto liberarsi effettuando la prestazione prevista dall'accordo. La complementarità perfetta di queste due strutture porta la seconda fattispecie ad essere tutelata con lo stesso rimedio della prima.

⁽⁴⁵⁾ La centralità dello strumento dell'*id quod interest* nella definizione della qualità dispositiva dell'atto deriva pianamente dai termini in cui questa materia viene posta dai glossatori del secondo periodo. Come abbiamo visto, difatti, i tipi di prestazione che integrano un trasferimento di utilità sono quella predicata nel *dare*, ossia nella costituzione della piena proprietà della cosa oggetto della disposizione in capo al ricevente e quella determinata nel *tradere*, cioè nella traslazione materiale della cosa che costituisce titolo per l'acquisto del *dominium*. Le obbligazioni qualificate nel *tradere* ammettono la valutazione *in id quod interest* da qualsiasi contratto risultino; quelle determinate nel *dare* solo nel caso in cui derivino da un contratto innominato, giammai ove derivino da una fattispecie nominata. La parte obbligata da un contratto innominato ad un *dare* o ad un *tradere* può quindi essere escussa da quella che ha perfezionato la fattispecie con l'azione *praescriptis verbis*, il cui *petitum* principale consiste nella pretesa all'adempimento dell'obbligazione originale, cui si accompagna necessariamente il *petitum* subordinato per la corresponsione di una somma che rappresenti il *quantum interest* del creditore all'adempimento di quella. Come abbiamo già messo in luce, l'*interesse* assume in tale prospettiva una funzione eminentemente sanzionatoria dell'inadempimento della controparte, stante la possibilità per questi di essere condannato ad una prestazione alternativa assai più gravosa della principale. In questo senso, l'obbligazione

Questa caratteristica rappresenta il principale momento di distinzione tra la tipologia dei contratti innominati e quella dei contratti nominati, per come è agevole scorgere analizzando il profilo della tutela risolutoria, presente come schema tipico solo nei primi. Nelle fattispecie innominate, difatti, l'inadempimento della parte che ha già ricevuto la prestazione di sua spettanza dà titolo all'adempiente di agire attraverso il rimedio della *condictio causa data causa non secuta*, richiedendo la restituzione di quanto dato. Rogerio ricostruiva così questo meccanismo, ampiamente descritto dalla compilazione giustiniana:

« Causa hec est, idest defectus causae, quod contingit tribus modis: idest sive causa non sit secuta quia cessatum est, sive habita pro non secuta, ubi ob aliquid impossibile datum est, quod non evenisse intelligitur » (46).

Una formulazione che enumera, senza ridurre a sistema, taluni dei casi possibili di risoluzione del contratto innominato: oltre all'inadempimento, l'impossibilità della controprestazione, l'accadimento di un fatto di cui si era convenuto il non verificarsi (47). Per Rogerio la tutela risolutoria è propria di tutti i contratti innominati e di quei contratti che hanno recepito un *proprium nomen* solo su prescrizione del legislatore, come nel caso della donazione:

alternativa all'*id quod interest* ha un ruolo compulsivo per l'adempimento dell'obbligazione principale predicata in un *dare* o in un *tradere*: una caratteristica nella quale si rappresenta tipicamente la proprietà di questi due tipi di prestazione di realizzare un trasferimento di utilità fra le parti. La stessa funzione è difatti partecipata dalle obbligazioni in *facere* che, risultando da un contratto innominato, sono tutelabili nelle dottrine dei glossatori del secondo periodo mediante l'*actio praescriptis verbis*, con la quale la parte chiede in via diretta che la controparte esegua l'azione cui si è obbligata e, in caso di rifiuto, sia condannata a pagare l'*id quod interest*. In quelle obbligazioni in *facere* che non realizzano un trasferimento di utilità da una parte verso l'altra, l'*id quod interest* rileva non come mezzo compulsivo per ottenere indirettamente l'adempimento della prestazione principale, ma esclusivamente come misura del risarcimento che spetta a chi ha invano effettuato una determinata azione. L'*actio doli*, difatti, non pone alcuna relazione di alternatività fra l'obbligazione cui la parte convenuta si era originariamente vincolata e la valutazione in *id quod interest*.

(46) ROGERIO, *Summa Codicis, de condictioe ob causam datorum*.

(47) Ipotesi che costituisce il *casus* della *l. Dedi (I), ff. de condictioe causa data causa non secuta*.

« Ibi condictio vendicat sibi locum ubi contractus est innominatus, vel nominatus sed noviter introductus, sed variis rationibus. nam in contractibus innominatis, veluti si dedi ut dares, vel ut faceres, omnibus supradictis rationibus competit repetitio » (48).

Il fatto della non consequenzialità tra prestazione e controprestazione costituisce il fondamento della pretesa dell'attore alla restituzione di quanto corrisposto. Da ciò consegue anche il diritto, per la parte che perfeziona il contratto, di recederne unilateralmente, prima che l'altra abbia dato corso all'adempimento della sua obbligazione, secondo la regola « *poenitentia facit locum condictioni* » (49). Tali aspetti rappresenteranno sempre la specificità della struttura innominata presso i glossatori.

Anche i giuristi più tardi, in particolare, manterranno sempre fermo il principio dell'applicabilità esclusiva della *condictio causa data* ai contratti innominati, criticando sparute opinioni:

« In contractibus autem nominatis non habet locum hec conditio ut subtiliter probatur et apte ff. de rerum permutationibus l. prima licet Martinus dixerit contrarium argumenta eius quod dicitur ff. de actionibus empti et venditi l. empto § is qui vina sed certe ibi non dicitur dari conditio in contractu venditionis » (50).

Al dire di Azone, l'unico fautore della tesi volta ad estendere l'ambito di esperibilità della *condictio* a tutti i contratti sarebbe stato Martino, sulla base di un paragrafo della *l. Ex empto* che, stabilendo l'esperibilità dell'*actio empti* per la restituzione di un bene dato a titolo di caparra dopo la conclusione del contratto di compravendita, pure sembra ammettere che lo stesso risultato possa essere ottenuto tramite la *condictio ob causam* (51). Azone rifiuta nettamente

(48) ROGERIO, *Summa Codicis, de condictione ob causam datorum*, n. 5.

(49) ROGERIO, *Summa Codicis*, loc. cit., n. 2.

(50) AZONE, *Summa Codicis, de condictionibus ob causam datorum* (p. 113 col. 2).

(51) Il passo, più esattamente, stabilisce, nella sua prima parte, che la restituzione della caparra in caso di risoluzione convenzionale della compravendita vada richiesta con un *utilis actio empti*. Il caso da cui sembra partire l'interpretazione di MARTINO consegue a questo, ponendo una questione specifica: « Ego illud quaero: si annulus datus sit arrhae nomine et secuta emptio, pretioque numerato, et tradita re, annulus non reddatur: qua actione agendum sit? ».

la possibilità di estendere arbitrariamente, sulla base di questo solo appiglio testuale, la tutela risolutoria ai contratti nominati, parificando su ragioni di equità posizioni giuridiche strutturalmente diverse. In questo senso, Azzone avvalorava un quadro dogmatico nel quale il titolo della *condictio* può sussistere soltanto a riguardo di fatti normativi in attesa di una qualificazione, non a carico di situazioni che appartengono di già al mondo dei fenomeni giuridici.

In un contratto innominato della specie *do ut des*, nel momento in cui una parte può agire in risoluzione, la fattispecie genetica comprende un accordo di per sé insufficiente a produrre qualsiasi obbligazione, *vestito* della prestazione di una delle parti. La qualificazione del regolamento procede unilateralmente, solo dal lato della parte che ha dato corso alla sua prestazione; questa è l'unica titolare, a tal momento, di ogni pretesa giuridicamente tutelata, tanto quella concernente l'adempimento, tanto quella riguardante la risoluzione.

Una situazione estremamente diversa da quella di un contratto di compravendita, nel quale l'accordo delle parti sugli elementi essenziali della fattispecie raggiunge di per sé la massima configurazione della tutela, qualificandosi giuridicamente in confronto di entrambe le parti. In questo caso, la parte che non confidi negli esiti di un adempimento forzoso dell'altra, può ottenere l'elisione degli effetti economici del contratto, di cui ha già iniziato l'esecuzione, attraverso la stessa azione con la quale chiederebbe l'adempimento, ma non la risoluzione in senso proprio⁽⁵²⁾. Tale rimedio è configurabile solo ove si sia in presenza di una fattispecie non completa, cosa che non può ricorrere nelle ipotesi di contratto nominato, nelle quali si verifica la piena coincidenza tra momento di conclusione e di perfezionamento del regolamento negoziale.

In questi termini, lo schema del *defectus causae* è in grado di rappresentare esclusivamente la realtà dei contratti innominati,

(52) È sufficiente, difatti, che il compratore intenti la propria azione pagandosi di chiedere l'*interesse commune* per ottenere una somma che, in linea di principio, equivale al prezzo pagato. Il sistema è, ovviamente, claudicante a sfavore del venditore adempiente, che non può richiedere con la propria azione la restituzione della cosa già trasferita alla controparte.

come dimostra la complementare dottrina sul recesso unilaterale, ammissibile, secondo la concorde dottrina dei glossatori, solo in quelle fattispecie in cui, come abbiamo visto in Rogerio, esso tiene il luogo della *condictio*.

Azone inverte questa prospettiva:

« Item inducit hanc actionem poenitentia nec distinguo utrum interponatur pactum gratia accipientis et dantis vel dantis tantum videtur nam mihi ut ea sit natura innominatorum contractuum ut liceat poenitere et si utriusque gratia celebretur ut declarant exempla si nam dedi pecuniam ut manumittas mea gratia sit manumissio tuae pecuniae datio et tamen si poeniteo [non] repetam pecuniam »⁽⁵³⁾.

Come è agevole notare, la sua dottrina vede nella *poenitentia* un dato fondante la tipologia dei contratti innominati, nel momento in cui ripudia l'idea di una esperibilità del recesso solo nei casi in cui il contratto si risolve in una prestazione a favore di una sola parte. In questo modo, la *poenitentia* è una caratteristica che si riconnette intrinsecamente alla struttura del contratto innominato in quanto tale, qualunque sia la struttura dell'apparato di obblighi che esso predispone per le parti. Considerata a partire dagli effetti, la *permutatio* è un contratto che assicura ad entrambi i soggetti una disposizione patrimoniale favorevole, al pari della compravendita: la struttura di queste due tipologie è, tuttavia, estremamente diversa e tale differenza si estrinseca nell'ammissibilità del recesso come nell'esperibilità del rimedio risolutorio⁽⁵⁴⁾.

Una dottrina che i glossatori espliciteranno mediante una *ratio* sommamente indicativa:

⁽⁵³⁾ AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum* (p. 114 col. 2).

⁽⁵⁴⁾ La dottrina di AZONE si ritrova in termini eguali nella GLOSSA «*Sed cum liceat*», in *l. Si pecuniam ff. de conditione causa data causa non secuta*: «*Sed cum liceat poenitere. Nota quod poenitentia, facit locum huic actioni: nec distinguitur (ubi) interponatur pactum gratia utriusque, vel dantis tantum, secundum Azo, licet quidam distinxerunt, ut primo casu non liceat poenitere: secundo sic. sed primum est verius, ut patet in exemplo: do tibi pecuniam: ut manumittas. mea gratia sit manumissio: tua pecuniae datio: et tamen poeniteo ut repetam pecuniam ut supra eodem l. dedi § primo. Item et quia si dedi pecuniam: ut Capuam eas: nam hincinde debet accipiens servari indemnis si sua intersit ob hanc causam pecuniam non accepisse, vel ratione sumptuum, vel similibus*».

« Item non licet unquam penitere accipienti quominus ad interesse teneatur praedicta ratione quia dans iam adimplevit contractum. Et idem dico in do ut des et in do ut facias et in permutatione et forte est ea ratione quia sicut debiles sunt isti contractus in contrahenda obligatione ita in ea retinenda etiam » ⁽⁵⁵⁾.

Il contratto innominato è, per sua natura, *debilis* quanto alla sua fattispecie conclusiva, che si perfeziona solo con l'adempimento spontaneo di una parte. Soltanto questa può sollevare il *defectus causae* creatosi con il rifiuto dell'altra all'adempimento della propria prestazione e soltanto questa può chiedere il recesso unilaterale, giammai esperibile da chi non ha ancora adempiuto. In questo senso la fattispecie innominata è più debole di quella nominata tanto nel costituire, quanto nel disciplinare i propri effetti, dipendendo l'obbligatorietà della prima dal fatto della prestazione anticipata, mentre nella seconda gli effetti azionabili si producono dal momento stesso della conclusione del contratto ⁽⁵⁶⁾.

La possibilità di esperire il recesso nel contratto innominato deriva immediatamente da questa particolarità strutturale:

« Cave tamen quia re integra tantum possum poenitere: non postea quam feceris, vel facere inchoaveris: ut infra eodem l. quod servius. nam ibi erant sponsalia ab excipiente contracta: unde non licet poenitere danti. Econtra accipienti numquam poenitere licet praedicta ratione: quia dans iam adimplevit contractum et idem dico in do ut des, et do ut facias et in permutatione. » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ AZONE, ult. loc. cit.

⁽⁵⁶⁾ Il contratto nominato non ammette recesso unilaterale, tranne che per talune eccezioni specifiche, secondo AZONE: « In contractibus autem nominatis non licet penitere secundum regulam infra de actionibus et obligationibus l. sicut praterquam in mandato et societate et deposito ut ff. depositi lex prima § penultimum et institutiones mandati § recte et pro socio § manet. Et est ratio in mandato quia non damnificatur dominus vel procurator ut ff. mandati lex si procuratorem § mandati et lex si mandavero tibi § ultimum. In societate agitur ad interesse ut ff. pro socio sed et socius § ultimum. In deposito non tenetur deponens depositario ne revocet et idem in ista conditione quia is cui dedit non obligavit me vestiendi contractum ex parte sua addunt quidam et aliam causam que inducat hanc actionem scilicet moram quod non placet continetur nam sub prima immo eadem est et ideo non addo eam. ».

⁽⁵⁷⁾ GLOSSA « *Sed cum liceat* » in l. *Si pecuniam ff. de conditione causa data causa non secuta*, cit.

Il recesso unilaterale può essere esperito fino a che una parte non dia inizio alla propria prestazione, ossia finché la *res* è *integra*, non ancora intaccata da un atto di disposizione ⁽⁵⁸⁾. Nel momento in cui un soggetto dà inizio all'esecuzione del regolamento contrattuale, questi solo può porre in atto il recesso riportando la situazione in pristino o altrimenti, di fronte all'inadempimento della controparte, agire in risoluzione sollevando l'addivenuto *defectus causae* o, al contrario, chiedere l'adempimento sulla base dell'*actio praescriptis verbis*. Il recesso, al contrario, non spetta alla parte che accetta la prestazione dell'altra: così facendo, difatti, essa ha già integrato il negozio e si obbliga quindi al proprio atto di esecuzione. La *res*, in questo caso, non è più *integra*, poiché si è già realizzato il vincolo strutturale tra le posizioni delle due parti.

In questi termini, il recesso non è mai concepibile sul terreno dei contratti nominati, ove la *res* per definizione non rimane mai *integra* dopo la conclusione del contratto. Nei modelli nominati, difatti, lo stato delle posizioni soggettive delle parti viene modificato dal fatto dell'accordo nel momento stesso in cui questo si conclude, sia che ciò avvenga con il semplice scambio del consenso, sia che la fattispecie genetica abbisogni della dazione di una cosa o della pronuncia di determinati *verba*.

3. *Il ruolo della causa.*

3.1. *La distinzione tra causa impulsiva e finalis.*

La struttura della tutela risolutoria del contratto innominato si organizza quindi, tanto negli autori più antichi, quanto in quelli di più maturo strumentario concettuale, intorno al concetto di *defectus causae*. La vicenda di questa nozione è tuttavia lungi dall'essere immota, nel fluire dell'esperienza giuridica dei glossatori. In particolare, in tutti gli apparati da Azzone in poi è dato trovare una distinzione che avrà molta fortuna nel successivo corso del diritto.

⁽⁵⁸⁾ Si veda la definizione di *res integra* che AZONE pone nell'*incipit* del titolo *Quando liceat ab emptione recedere*, nella *Summa Codicis*: « Rem dicimus esse integram si res in totum vel pro parte vere vel interpretative non fuerit tradita nec precium in totum vel pro parte fuerit solutum ».

to comune e di cui siamo chiamati ad indagare il significato giuridico:

« Inducit autem istam actionem causae defectus ut ff. de conditione ob turpem causam lex prima § ob rem igitur hoc ita si causa fuerit finalis id est qua finita vel non completa voluit uterque restitui quod datum est. secus si fuerit impulsiva causa id est in corde tradentis retenta ob quam impellebatur animo suo ad dandum illa nam non secuta non parit repetitionem » (59).

Ove sia *finalis*, la causa rileva giuridicamente: la sua mancanza fonda la *condictio causa data causa non secuta* e dà luogo alla ripetizione di quanto la parte ha dato in vista della controprestazione. Nessuna efficacia deve essere tributata, all'opposto, alla *causa impulsiva*, il fine che, se pure ha mosso il soggetto a effettuare la propria *datio*, rimane tuttavia indifferente ai fini della tutela risolutoria; il suo non verificarsi non inficia la stabilità del regolamento d'interessi.

Questa dottrina è stata sempre citata come il vero punto d'inizio di una teoria della causa negoziale, schema unitario per comprendere e valutare tutte le fattispecie contrattuali possibili, racchiudendole all'interno di un unico modello, tutto consensualista (60). Il dualismo fra *causa finalis* e *causa impulsiva*, in quest'ottica, è stato inteso come presago della moderna distinzione tra causa e motivo del contratto, fra la funzione economico-sociale (61) del negozio e il fine personale che ha spinto la parte all'atto di disposizione.

La prima nozione funge da termine astratto di valutazione del regolamento privato da parte dell'ordinamento, fulcro del giudizio di riconoscibilità che la norma superiore esercita a carico della norma inferiore, per ammetterla e provvederla di effetti o per sancirne, al contrario, l'indifferenza quando non la contrarietà ai

(59) AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum* (p. 113 col. 2).

(60) Cfr. E. CORTESI, *Il diritto nella storia medievale. II - Il basso medioevo*, Roma, 1995, p. 189 ss.

(61) Se pure la definizione di causa come funzione economico sociale del contratto, frutto della lezione di EMILIO BETTI, sia oggi nozione di sorte declinante, la si propone qui, poiché è quella comunque più diffusa presso la storiografia giuridica. Si veda, al proposito, F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, p. 39-40.

propri precetti. La seconda esaurisce il proprio ruolo nella sfera personale del soggetto, che fonda la sua volizione secondo termini che non sono confrontabili con quelli che spingono altri soggetti a compiere atti fra loro eguali. La specificità del motivo lo rende, in linea di principio, indifferente per l'ordinamento, poiché esso non può essere sede di alcuna valutazione su criteri provvisti di generalità e astrattezza.

I presupposti necessari per questa ricostruzione sono due. Il primo postula l'identità ontologica fra i due termini di causa e motivo, che partecipano entrambi della medesima sostanza di epifenomeno della volontà delle parti, distinguendosi per la diversa rilevanza che l'ordinamento attribuisce loro. Il secondo presupposto consiste nell'applicabilità di questa distinzione a ogni fattispecie contrattuale possibile. La moderna diarchia fra causa e motivo richiede, difatti, che in ogni manifestazione di volontà sia riconoscibile tanto lo scopo individualmente perseguito dalle parti, tanto la funzione valutabile da parte dell'ordinamento.

Riportando quest'ultimo postulato sul terreno dell'esperienza dei glossatori, esso si traduce nella necessità che il *defectus causae* sia una realtà ravvisabile tanto a carico dei contratti nominati che nel contesto di quelli innominati, il che, come la precedente analisi ci ha già reso evidente, non è. Ricavata immediatamente dal nome dell'azione romana e dal contesto tecnico in cui essa si giustifica, la *causa* dei glossatori individua il vincolo che lega i due fatti che costituiscono il contratto innominato. Un termine che esprime l'aspettativa al perfezionamento del contratto, ma che non ne connota la struttura obbligatoria. Nel più semplice caso del *do ut des*, una parte trasferisce la proprietà di una cosa in previsione di un eguale comportamento da parte altrui. In tale fattispecie, la *causa* è un vincolo funzionale che si compie in un momento specifico, quello dell'avvenuta controprestazione, e ha l'effetto precipuo di sancire l'irrevocabilità del regolamento così perfezionato.

Un momento tecnico la cui grande importanza si percepisce maggiormente analizzando l'atteggiarsi della *causa* in ipotesi più complesse, come nell'esempio dell'accordo in cui una parte trasferisce all'altra la proprietà di una cosa perché questa tenga un comportamento negativo. In questo caso il fatto unitemporale della dazione di una cosa fa sorgere nella controparte un obbligo a tenere

una condotta per sua natura protratta nel tempo. Il *defectus causae* prodotto da chi, dopo un certo tempo, infrange l'accordo viene ad interrompere la fattispecie, fondando la pretesa dell'attore alla restituzione di quanto dato.

Non notiamo significative differenze con gli autori precedenti. *Causa* ha presso Azzone lo stesso significato che aveva nella *Summa Trecensis* e in Rogerio: il nesso funzionale che si instaura tra due fatti perché si abbia la conclusione di un contratto, la cui disciplina risiede nell'accordo intervenuto fra le parti. La struttura dei contratti innominati non si delinea esclusivamente nel fatto della prestazione anticipata di una parte. Se così fosse, avremmo una realtà lontana dalla logica del regolamento negoziale di interessi, per avvicinarci ad uno schema reminiscente dell'arricchimento senza causa: la parte ricevente sarebbe obbligata per un comportamento unilaterale altrui, cui può seguire o la restituzione di quanto appreso o una prestazione che possa essere congrua rispetto a quanto ricevuto. Una ricostruzione che ci allontanerebbe comunque dalla nozione di *pactum*, come manifestazione bilaterale di consenso volta ad ottenere un effetto di disposizione di diritti ⁽⁶²⁾ e che sarebbe comunque inconciliabile con l'architettura dei *vestimenta*.

La *causa* dei glossatori è una relazione fra fatti che sono normativi in virtù dell'accordo che ha presieduto il sorgere del contratto e che li provvede di un significato che altrimenti non avrebbero. Essa non è definibile come requisito del contratto, fattore la cui sussistenza deve essere accertata in positivo per affermare la rilevanza giuridica dell'atto di autonomia privata.

La *causa* rileva così solo nella sua assenza, come difetto, non come elemento costitutivo del contratto. La costruzione del concetto di *causa* da parte dei glossatori procede da questa considerazione,

(62) Una rappresentazione del fenomeno basata sul modello dell'arricchimento senza causa, in particolare, non potrebbe essere ricompresa neanche nello schema di *tacita pactio*. I glossatori, come abbiamo già esaminato, si servono di questo concetto per ricondurre all'idea del *pactum* come consenso bilaterale quegli atti di disposizione tipicamente unilaterali che non possano essere visti alla stregua della *pollicitatio*, unica manifestazione tipica di volontà che procede da un solo soggetto. Nel caso dei contratti innominati, all'opposto, è la stessa compilazione giustiniana (*l. Ex placito C. de rerum permutatione*) a costruirne la fattispecie nei termini di un accordo reso azionabile dal fatto dell'inizio dell'esecuzione.

dal « *causa idest defectus causae* » che abbiamo visto in Rogerio e che possiamo reperire anche in Azone e nei glossatori a lui successivi.

In questo tipo di relazione la diarchia tra *causa finalis* e *impulsiva* acquista un compiuto significato tecnico, che la allontana dalla distinzione moderna tra causa e motivo del contratto. Il discrimine tra le due *causae* non passa, difatti, per una diversa rilevanza del momento soggettivo di volizione in relazione con la norma superiore, bensì attraverso una diversa consistenza della normatività dei fatti, su cui questa volizione si esercita. *Causa impulsiva* è, in questo senso, il fine per il quale un soggetto ha compiuto una determinata disposizione del suo diritto che non è in grado di tradursi in vera relazione funzionale con la prestazione della controparte, poiché non è stata preceduta da un patto valido a questo scopo. Prendiamo in considerazione l'esemplificazione tradizionale della *causa impulsiva*:

« ...ut puto dedi tibi ut te mihi redderem amiciosem vel ut te provocarem ad proficiscendum mecum nec profectus est nec amicior factus es non ideo datur repetitio... » (63).

In questo caso, per come è agevole notare, l'atto cui il soggetto dà luogo è tipicamente unilaterale nella struttura, poiché la controparte non è chiamata ad effettuare alcun atto di disposizione di un proprio diritto. Un patto tra le due parti non è configurabile, neanche tacitamente: come abbiamo già messo in luce, *pactum* è una nozione esclusivamente centrata sul momento della disposizione, del mutamento della sfera patrimoniale delle parti. Non potendo esistere un accordo su tali materie, la normatività del fatto consistente nel trasferimento del bene si esaurisce in sé stessa, poiché non è per sua natura capace di porsi in una relazione funzionale con il comportamento che si richiede alla controparte.

Estremamente significativo, a questo proposito, l'ulteriore *dictum* di Azone a proposito del mancato avveramento della *causa impulsiva*:

« ...nam talis datio simplex donatio ut si darem tibi decem solidos ut

(63) AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum* (p. 113 col. 2).

caligas tibi emeret ut ff. de donationibus inter vir et uxorem l. sed et si mors § ultimum... » (64).

La fattispecie in oggetto viene ricostruita sull'istituto della *donatio simplex* che non importa accettazione e si presenta, quindi, come atto tipicamente unilaterale. Nella visione di Azone, la *causa impulsiva* rappresenta così il fine per cui un soggetto ha posto in essere una disposizione patrimoniale che non determina il sorgere di un obbligo equivalente in una controparte.

La distinzione fra *causa finalis e impulsiva* non si presenta dunque come differenza tra due termini omogenei e distinti sulla base di una *qualitas* specifica. Nessuno dei due concetti può essere posto come un principio definitorio nei confronti del quale l'altro si determina come specificazione: *causa finalis e causa impulsiva* sono due nozioni che individuano realtà totalmente diverse, poste in una relazione di completa esclusività reciproca. Solo la *causa finalis* delimita fenomeni posti nell'insieme dei contratti, descrivendo la relazione funzionale che costituisce il nucleo di tipicità dei modelli innominati; essa rappresenta il fine che la parte ha posto a fondamento del suo agire e che è strutturalmente efficace a determinare la controprestazione. Rispetto a questa, la *causa impulsiva* manifesta la sua natura di termine isolato dai glossatori per individuare in negativo le caratteristiche dell'altra nozione. Essa descrive così lo scopo che, se pure ha indotto una parte ad un atto di disposizione, non è soggettivamente inteso né oggettivamente passibile di produrre un'obbligazione per la controparte.

Viene dunque meno il secondo presupposto necessario per apparentare la distinzione tra *causa finalis e causa impulsiva* con la moderna diarchia di significati espressa dai due concetti complementari di causa e motivo. I due concetti usati dai glossatori non partecipano, difatti, della medesima natura. La *causa impulsiva* individua, per riportarlo nel campo dell'indifferenza giuridica, il momento che ha presieduto la volizione di un soggetto, conducendolo a un atto di disposizione patrimoniale che non è strutturato per fondare una complementare obbligazione nel ricevente. In questi

(64) AZONE, ult. loc. cit.

termini, essa si valuta soggettivamente e anteriormente agli effetti del negozio. La *causa finalis*, al contrario, è il vincolo la cui esistenza deve essere accertata oggettivamente e posteriormente alla conclusione dell'accordo, poiché rappresenta il termine per cui la prestazione di chi integra il contratto innominato costituisce un'obbligazione in capo alla controparte.

Valutando la *causa impulsiva* sotto l'aspetto soggettivo, possiamo difatti osservare come, nell'esempio tradizionalmente usato dai glossatori, la dazione della cosa sia indotta da un fine che non viene determinato dal consenso delle parti, ma stabilito in via unilaterale dalla parte che effettua la prestazione. In questo senso, tale scopo non è funzionalmente legato alla prestazione, che avrebbe potuto essere resa in modo identico ma per un fine diverso. Nella *causa impulsiva* il momento oggettivo della prestazione e quello soggettivo del fine si pongono come dati separati, non riconducibili ad una relazione di mutua definizione; l'analisi dell'interprete si esaurisce così al profilo soggettivo di volizione, restando indifferente alla ricostruzione della *causa impulsiva* ogni questione concernente la natura dell'atto di disposizione.

La *causa finalis* si percepisce, al contrario, tanto sul profilo soggettivo che sul lato oggettivo della fattispecie negoziale. Sul primo aspetto la *causa finalis* identifica l'aspettativa di un comportamento specifico che il soggetto si ripromette di ottenere dalla controparte per effetto della sua prestazione, la cui determinazione è stata posta dall'accordo fra i soggetti che hanno orientato la genesi di un vincolo obbligatorio al prodursi di un dato atto. Questa caratteristica si traduce sul profilo oggettivo nell'idoneità della prestazione ad essere, per sua propria natura, momento di costituzione dell'obbligazione della controparte. Il profilo oggettivo di valutazione della causa opera quindi come un limite del lato soggettivo, per cui la capacità normativa del fatto che, compiuto da una parte, fa sorgere nell'altra l'obbligazione non deriva esclusivamente dalla sua individuazione da parte dei soggetti dell'accordo, ma anche dalla sua qualità di atto traslativo di disposizione.

3.2. *Causa expressa e tacita.*

Possiamo averne dimostrazione osservando un'ulteriore distin-

zione che i glossatori del secondo periodo tracciano sulla nozione di *causa*:

« Item dico cause expresse in pacto puta ut emancipetur filius servus manumittatur ut ff. eodem l. in responso primo vel meis creditoribus solvat ut ff. eodem lege si ut proponis. Item si dedi ne eas ad iudicem contra me. cessat nam conditio quamdiu non itur nec teneris cavere de non eundo nisi aliter dictum esset ut ff. eodem lex tertia »⁽⁶⁵⁾.

Secondo Azone, la *causa* è *expressa* tutte le volte in cui una parte promette all'altra una determinata prestazione vincolandola esplicitamente ad un analogo comportamento cui la controparte si obbliga. In questo caso le parti palesano la relazione che lega le loro obbligazioni, dichiarandola sin dal momento della conclusione del contratto⁽⁶⁶⁾. La *causa tacita* individua per converso le ipotesi in cui

⁽⁶⁵⁾ AZONE, ult. loc. cit.

⁽⁶⁶⁾ Il che non è scevro di una rilevanza pratica, come ci mostra il secondo degli esempi adoperati da AZONE nel passo appena citato. Nel caso in cui una parte corrisponda all'altra una somma di denaro affinché questa si astenga dal citare la prima in giudizio, AZONE sottolinea come, esplicitato il fine della dazione, la parte che dà causa al contratto non abbia bisogno di premunirsi ulteriormente con la richiesta di una cauzione. Nel momento in cui la parte obbligata all'astensione decida di rompere l'accordo, portando in giudizio l'avversario, sorge per la controparte il diritto di *condicere* e di richiedere la somma prestata. L'espressione della *causa* vale qui a rendere certo lo scopo della prestazione in *dare* e quindi a rendere pienamente evidente il titolo della *condictio causa data causa non secuta*, contro ogni possibile eccezione avversaria, volta a ricostruire altrimenti la fattispecie. Difatti, ove il titolo non fosse stato palesato nel momento di conclusione dell'accordo, la parte tenuta al comportamento negativo potrebbe affermare che la prestazione della somma le era dovuta per altro motivo. La procurata evidenza della *causa* si pone quindi, da un punto di vista eminentemente pratico, come alternativa al meccanismo di garanzia centrato sulla cauzione in danaro, che sarebbe assolutamente necessaria ove le parti non avessero esplicitato il fine del primo atto di disposizione. La rilevanza dell'*expressio causae* si misura quindi in quelle fattispecie in cui la prestazione della parte che integra il contratto non appare immediatamente congrua e rapportabile a quella cui la controparte si obbliga, valutata sul criterio del trasferimento di utilità. Non a caso gli esempi di *causa expressa* sono riportati tutti sul terreno del *do ut facias*, tanto nella sua prospezione positiva (*do ut emancipetur filius*) che negativa (*do ne ad iudicem ires*) e quindi, come abbiamo già visto, su ipotesi innominate di cui si deve valutare di volta in volta l'attitudine della prestazione delle parti di realizzare una vera circolazione di utilità. Tale grado di indeterminatezza della fattispecie astratta comporta numerosi problemi circa l'indagine sulle fattispecie con-

nel regolamento pattizio è ravvisabile un vincolo di consequenzialità fra le prestazioni autonomamente stabilite fra le parti, pur se queste non lo hanno esplicitamente concordato:

« Idem est et si causa tacite ab utroque intelligatur non ab altero tantum ut dixi ut ecce institutus eram heres vel legatum erat mihi conditione si decem darem et dedi pecuniam causae implende conditionis id est ut conditionalis institutio vel legatum purificaretur ut sic deinde licere mihi deliberare ad eam vel non ad eam vel utrum repudiem legatum. nam si postea repudio hereditatem vel legatum repeto quod dedi »⁽⁶⁷⁾.

In questo caso la dazione di una parte è strutturalmente idonea a costituire un'obbligazione, completando la fattispecie predisposta dall'altra (l'istituzione condizionata di erede) e perfezionando quindi nel soggetto che la effettua il diritto di accettare o meno l'eredità o il legato. L'elemento oggettivo dell'adeguatezza dell'atto di disposizione a integrare la fattispecie viene riportato alla volontà delle parti, restando sufficiente il dato della sua percettibilità da entrambe e non richiedendosi quello della effettiva conoscenza. Una dottrina che segna nettamente la differenza fra *causa tacita* e *causa impulsiva*, la quale può esistere anche se *in corde tradentis re-tenta*⁽⁶⁸⁾, mostrando l'insufficienza del solo profilo soggettivo a descrivere il momento di fondazione di una obbligazione giuridicamente rilevante in un contratto innominato. In questo senso, questa diarchia non può altrimenti sussistere che a esclusivo proposito della *causa finalis*.

crete, per come ci è testimoniato dalla GLOSSA « *condictio cessat* », apposta al periodo della *l. Dedi tibi ff. de conditione causa data causa non secuta (lex prima: D. 12, 4, 3)* in cui si afferma che la parte che dà causa al contratto non ha a disposizione il rimedio risolutorio sino a che l'altra mantiene il suo comportamento di astensione: « Videbatur contrarium: tum quia semper ante diem videtur posse peti cautio: ut supra de iudiciis l. in omnibus. Tum quia expresse quando consistit negotium in non faciendo sicut hic erat: dict lex interponi cautionem: ut infra. de conditionibus et demonstrationibus lege Mutianae quae sunt contra. Sed prima loquitur in dandis: vel non fuit haec conditio expressa: et sic potest peti cautio: non tamen conditio competit. Secunda in relictis in ultima voluntate. Item contra infra eodem l. si pecuniam § plane. Solve ut ibi. Accur. ».

⁽⁶⁷⁾ AZONE, *Summa Codicis, de conductionibus ob causam datorum* (p. 113 col. 2-p. 114 col. 1).

⁽⁶⁸⁾ Per come è nella stessa definizione di AZONE, nel passo citato *supra* alla nota 59.

Questa costruzione procede così dal necessario concorso, perché si abbia una *causa finalis*, fra il nesso obiettivamente determinabile sul contesto offerto dalla natura delle prestazioni con il vincolo che le parti intendono porre tra esse nella soggettività del loro accordo. Nell'esempio proposto da Azone, la prestazione di una somma effettuata da un soggetto viene posta in una relazione specifica con il comportamento di un altro soggetto per il suo essere titolo idoneo a realizzare una circolazione di utilità fra le parti. Su questa circostanza oggettiva viene ricostruito *ex post* il momento dell'accordo, elemento indispensabile perché le prestazioni delle parti possano essere definite all'interno dello schema pattizio, unico contesto di legittimazione di una disposizione patrimoniale, nell'universo semantico dei glossatori ⁽⁶⁹⁾. Non potrebbe accadere il contrario: la dichiarazione delle parti circa l'esistenza di un vincolo fra gli atti che esse si obbligano rispettivamente a compiere, che non trovi rispondenza nella loro natura oggettiva, rimarrebbe indifferente per il diritto. Una conclusione che deriva pianamente dalla definizione di Azone della *causa impulsiva*. Questa, come abbiamo visto, rappresenta quel momento di impulso alla volizione del disponente che esiste anche ove rimanga celato nel suo foro interno, poiché non è oggettivamente esplicitabile nel contesto dato dalla natura della prestazione; la sua eventuale dichiarazione da parte dei soggetti del regolamento pattizio non è per se stessa in grado di mutare la struttura del vincolo, facendolo trascolorare nel mondo della rilevanza giuridica.

La struttura della *causa finalis* sancisce pertanto la sua irredimibile disomogeneità con la nozione di *causa impulsiva*: solo la prima, difatti, viene descritta nel vincolo che si crea fra fatti che, dotati di una normatività intrinseca per la loro attitudine a realizzare una circolazione di utilità fra le parti, vengono estrinsecamente qualificati dalle parti in una relazione di dipendenza reciproca. La *causa finalis* identifica così quella sintesi fra profilo oggettivo e qualificazione soggettiva che contraddistingue esclusivamente il tessuto strutturale e obbligatorio dei contratti innominati. In questi termini, tale

⁽⁶⁹⁾ Una tesi, come abbiamo visto, eversiva del *dictum* romano, che riconnette sempre il rimedio risarcitorio dell'*actio doli* alla prestazione di un *facere*, escludendo l'esperibilità dell'azione finalizzata all'adempimento.

nozione traduce sul piano funzionale la caratteristica che individua il contratto innominato sul profilo genetico: la non coincidenza tra momento di conclusione e momento di perfezionamento della fattispecie.

Abbiamo già visto come questa peculiarità del regolamento innominato determini la struttura della tutela soddisfattoria. Da questo angolo prospettico, la tipologia innominata si distingue rispetto a quella delle fattispecie *nominatae* sulla caratteristica della prestazione anticipata di costituire una circolazione di utilità dalla parte che la effettua verso la parte che la riceve. Una qualità che, come abbiamo visto, non è specifica della prestazione in quanto tale, ma che va definita sulla base della disciplina che le parti hanno fatto oggetto del proprio consenso. Realizzatosi l'atto traslativo di disposizione, sorge l'obbligazione della controparte all'adempimento della propria prestazione con il compiersi, per la parte che ha integrato il contratto, dei presupposti sostanziali per esperire l'*actio praescriptis verbis*.

Nei casi in cui, difatti, la disposizione di un proprio diritto non rappresenta un momento traslativo di utilità, la relazione fra le prestazioni delle parti non si realizza e la parte che l'ha effettuata non può esperire altro che il rimedio risarcitorio dell'*actio doli* verso l'avversario inadempiente, restando impossibile l'azione tipicamente predisposta per il conseguimento della controprestazione specifica. La tutela soddisfattoria si definisce quindi nella presenza o meno della caratteristica traslativa nell'atto di disposizione, indipendentemente dal fatto che questo consista in un *dare* o in un *facere*. Ove l'atto dispositivo sia anche atto traslativo, la tutela avverrà nei modi dettati dall'*actio praescriptis verbis*; ove tale caratteristica difetti la parte potrà utilizzare soltanto l'*actio doli*. Il criterio dato dalla idoneità della prestazione anticipata a realizzare una circolazione di utilità fonda pertanto la stretta alternatività tra azione per l'adempimento e azione per il risarcimento.

La ricostruzione della tutela risolutoria dà luogo ad un quadro diverso e solo parzialmente corrispondente con quello della tutela soddisfattoria, ostando alla piena replicabilità di quello schema la concorrenza di un principio superiore: la irripetibilità dei fatti. Su questa base, la *condictio causa data causa non secuta* è esperibile solo con riguardo a due delle quattro fattispecie innominate del diritto

romano, il *do ut des* e il *do ut facias*. Nelle altre, ove la prestazione anticipata è predicata nel *facere*, la situazione soggettiva della parte che ha effettuato il proprio atto di esecuzione è tutelata attraverso rimedi lontani dalla logica restitutoria della *condictio*:

« In illo autem contractu innominato facio ut des non habet locum quia ibi datur actio de dolo ut ff. de prescriptis verbis l. naturalis § quod si facio que non admittit secum aliam specialem actionem... In illo autem contractu innominato facio ut facias similiter non puto ut locum habeat haec conditio quia factum solutum repeti non potest sicut et in superiori titulo diximus opere nam indebite solute ipse repeti non possunt sed ad extimationem agitur earum ut ff. de prescriptis verbis lex penultima unde nec dicitur conditio factorum ob causam sed datorum » (70).

In particolare, la parte di un contratto in *facio ut des* potrà usare la generale *actio de dolo* che il testo romano predispose anche per la tutela satisfattoria; il soggetto che ha integrato della sua esecuzione un contratto del tipo *facio ut facias* potrà agire *ad extimationem* (71). Allorché il regolamento innominato proceda da un *factum*, quindi, la tutela verso l'inadempimento altrui non potrà che consistere in un rimedio di carattere risarcitorio, stante il principio per cui *factum non potest repeti*. In queste ipotesi non è dunque ravvisabile una *causa*, nel senso dato a questo termine dai glossatori, poiché non è esperibile la relativa *condictio*. Il presupposto necessario per l'applicabilità di questa tutela, come abbiamo visto, consiste nell'esistenza di un nesso funzionale posto tra le parti tra due prestazioni oggettivamente capaci di realizzarlo. Nelle ipotesi predicate in *do ut des* o in *do ut facias* tale vincolo esiste per definizione sia sotto il profilo della tutela satisfattoria che su quello della tutela risolutoria. La prestazione anticipata in *dare* realizza sempre, per sua natura, un

(70) AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum* (p. 113 col. 2).

(71) E quindi *in id quod interest*, come chiarisce la GLOSSA « *non liberaris* » in l. *Dedi tibi ff. de conditione causa data causa non secuta (lex ultima: D. 12, 4, 16)*: « In contractu autem facio ut des, locum non habet, quia nunc habet de dolo, cum qua alia non competit: ut dicta lege naturalis § quod si facio. Item nec in contractu facio ut facias, cum facta non possunt repeti: sed ad interesse agitur: ut infra de prescriptis verbis l. penultima ». *Agere ad extimationem* e *agere ad interesse* sono sinonimi; il fatto che anche l'*actio de dolo* determini il suo *petitum* in *id quod interest* rende praticamente eguali anche questi due rimedi.

trasferimento di utilità da chi lo effettua verso chi lo riceve. L'inadempimento della controparte impedisce di portare a compimento la relazione di consequenzialità fra le prestazioni, attribuibile soggettivamente all'accordo fra le parti e qualificata oggettivamente nell'idoneità del primo atto di esecuzione a generare un'obbligazione complementare. L'interruzione di questo vincolo funzionale costituisce titolo per esperire una tutela finalizzata al completamento coattivo della fattispecie o, altrimenti, a riportare la situazione nel pristino stato, mediante la ripetizione totale e specifica di quanto ricevuto dall'inadempiente.

L'assetto della tutela disponibile alla parte di un regolamento innominato predicato in *facere* è totalmente alternativo rispetto a questo modello e risponde ad una logica più complessa. Segnatamente, nell'ipotesi di *facio ut des* la tutela soddisfacente può comprendere la pretesa diretta all'adempimento ove l'atto di disposizione di chi ha integrato il contratto realizzi una circolazione di utilità, altrimenti essa si svolgerà nella forma esclusivamente risarcitoria dell'*actio doli*. Un regime ancora diverso da quello del *facio ut facias* in cui la parte ha sempre a disposizione l'azione per l'adempimento, il che viene giustificato dai glossatori, come abbiamo visto, sulla base dell'omogeneità fra le prestazioni coinvolte, entrambe predicabili *in id quod interest*.

In tutti i casi possibili di *facio ut facias* e in quelli di *facio ut des* in cui la prestazione anticipata consista in un atto di disposizione traslativa ricorre l'*actio praescriptis verbis* ed è quindi sempre presente il vincolo di consequenzialità tra le prestazioni, che ne costituisce presupposto imprescindibile.

Tale legame tuttavia esiste solo ove si osservi la realtà di queste fattispecie dal punto di vista della tutela per l'adempimento. Se la medesima ipotesi viene analizzata dalla prospettiva offerta dalla risoluzione, il vincolo funzionale tra le prestazioni non è più riconoscibile, poiché questa tutela non può avvenire altro che nelle forme tendenti al risarcimento in equivalente: l'*actio doli* nel *facio ut des*, l'*existimatio* nel caso del *facio ut facias*.

Una discrasia di effetti che ci dimostra definitivamente come la *causa* dei glossatori non sia una nozione tesa ad individuare un dato regolamento contrattuale nella sua totalità, considerandolo in assoluto. Essa, al contrario, identifica il momento di legittimazione dei

singoli vincoli obbligatori cui il contratto dà vita, valutandoli relativamente alla loro posizione all'interno del regolamento voluto dalle parti. In questo carattere, la *causa* si conferma come un concetto idoneo a descrivere esclusivamente la struttura del contratto innominato, individuando sul piano funzionale il momento di qualificazione strutturale dell'*interventus rei*. L'assetto di interessi su cui le parti si accordano attende di essere integrato dalla prestazione di una parte perché l'obbligazione dell'altra diventi efficace e azionabile: la *causa* descrive l'efficacia di questo fatto sul piano funzionale individuando il momento di legittimazione che costituisce l'obbligazione in capo alla controparte. Fra il *vestmentum* del regolamento innominato e la sua *causa* non vi è dunque una relazione di piena coincidenza semantica né di perfetta occorrenza fenomenica.

3.3. *Causa stipulationis*.

Questa caratteristica ci evidenzia come la *causa* non rileva nella ricostruzione dei glossatori in una prospettiva tale da porsi in continuità con il significato che questo termine assume presso il giurista moderno, di criterio per la definizione della fattispecie in un determinato tipo contrattuale. Esso è piuttosto il termine di un giudizio circa il profilo funzionale del contratto che può essere espresso una volta che un dato regolamento contrattuale sia stato già ascritto ad una data tipologia.

A questo proposito abbiamo già notato, completando l'analisi sui *vestimenta*, come questo strumento, unitamente a quello più antico del *nomen contractus*, consentisse ai maturi esponenti dell'età della glossa di isolare tre modelli fondamentali di contratto. La razionalizzazione dei momenti strutturali delle fattispecie contrattuali porta difatti a distinguere nettamente tra i contratti *nominati*, la cui efficacia sorge immediatamente con la formazione dell'accordo, e i contratti *innominati*, in cui al contrario il momento della conclusione non coincide con quello del perfezionamento degli effetti obbligatori, che attende l'elemento successivo del *rei interventus*. Il primo insieme deve recepire ulteriormente la distinzione tra fattispecie *iuris gentium*, definite completamente nel loro contenuto, e fattispecie *iuris civilis*, in cui il diverso profilo di legittimazione porta a definire unicamente sul profilo della forma della manifestazione di

volontà. Questa differenza strutturale si traduce in un differente atteggiarsi dell'obbligatorietà: ipotesi come la *stipulatio* o il *chirographum*, che esauriscono gli ambiti concettuali dei *vestimenta verbis* e *litteris*, producono effetti sin dal momento della conclusione del contratto, ma questi sono tuttavia aggredibili da parte di eccezioni che coinvolgono la sostanza stessa del rapporto obbligatorio sottostante al titolo.

Considerando questa distinzione da un punto di vista esclusivamente strutturale possiamo quindi notare come soltanto i contratti nominati identificati nel contenuto producano un'obbligazione immediatamente valida e perfettamente azionabile. Rispetto a questo modello, cui appartengono i contratti *re* e *consensu*, si presentano come eccentrici tanto i contratti *innominati*, sia quelli determinati dallo *ius civile* nella presenza di una forma.

L'esistenza di una *causa* all'interno della fattispecie contrattuale è una funzione diretta di questa tipologia strutturale, il segno indicativo della discrasia tra profilo strutturale e profilo funzionale che è connaturata, in modo diverso, tanto al modello innominato che a quello fondato sulla *confirmatio a lege*. In questo senso, il termine *causa* non rappresenta un concetto unitario nella ricostruzione dei glossatori, ma individua due nozioni distinte, in ciascuna delle quali si rappresenta la specificità tipizzante di questi due modelli contrattuali.

Nel caso del contratto innominato, la fattispecie strutturale si compie nel momento in cui viene ultimato il primo atto di esecuzione, nei modi e nei termini indicati dall'accordo fra le parti ⁽⁷²⁾. Il giudizio sul perfezionamento del regolamento innominato sotto il profilo strutturale prescinde quindi dalla valutazione oggettiva della natura della prestazione. Quest'ultimo aspetto può essere apprezzato solo sul piano funzionale. Spetta così alla *causa* descrivere le differenze che si realizzano all'interno del modello innominato al variare dell'ontologia dell'atto di esecuzione. Il momento di integrazione del contratto rileva dunque sul piano genetico come mero fatto, di cui si deve verificare soltanto l'esistenza; sul piano funzionale occorre invece descrivere la natura di questa qualificazione del

(72) « Hos contractus cognosci ex pacto, non ex eo, quod praevenitur ab altero. ». GLOSSA « *subiecta* » in l. *Ex placito C. de rerum permutatione et praescriptis verbis actione*.

consenso, per poter analizzare il regime e gli effetti risultanti dal regolamento.

In questi termini, il contratto innominato esiste come tale ove venga resa una delle due prestazioni cui le parti si sono contestualmente obbligate con il medesimo accordo. La sua struttura obbligatoria si atteggia in modo diverso in stretta dipendenza dalle caratteristiche oggettive del momento di qualificazione dell'accordo.

Ove esso consiste in una disposizione traslativa e ripetibile, come è proprio delle prestazioni in *dare*, il nesso di consequenzialità tra l'esecuzione anticipata di una parte e l'obbligazione dell'altra sarà perfetto e apprezzabile tanto sul piano della tutela soddisfattoria che su quello della tutela risolutoria. Nell'ipotesi opposta, ove il consenso delle parti diviene efficace in virtù di un atto esecutivo non traslativo e non ripetibile, qualità propria delle prestazioni in *facere* per come descritte dal testo romano, il vincolo funzionale non esiste né dal lato della tutela per l'adempimento, né da quello della risoluzione (73). In queste ipotesi l'esecuzione del *factum* cui una parte si è impegnata stringendo l'accordo integra il contratto sul piano strutturale, qualificando il consenso del *vestmentum* descritto nell'*interventus rei*. La controparte è quindi obbligata alla sua prestazione: ove adempia, essa non potrà ripeterla né in forma specifica (come nel caso del *facio ut des*) né per equivalente (come nell'ipotesi di *facio ut facias*), poiché questa è l'attuazione di un vincolo obbligatorio di piena validità, non la corresponsione di un indebito.

L'obbligazione apprezzabile sul piano strutturale, identificato dal *vestmentum*, non è tuttavia perfetta sul piano della tutela, poiché l'ontologia del momento di qualificazione non consente l'instaurarsi di un vincolo funzionale fra la prestazione anticipata e l'atto cui la controparte si è impegnata con il consenso. Viene meno così il titolo d'esperibilità dell'azione volta a perseguire l'adempimento, sia in forma specifica che per equivalente, e la complementare azione per la risoluzione. L'unica tutela producibile avverso

(73) « Sed in quarto scilicet, facio ut des, datur de dolo: ut dicta l. naturalis § quod si faciam. Et est ratio: quia ex hoc facto mihi abest et tibi non adest: ut si de manumittendo conveni: ut supra de dolo l. cum proponas. alias contra, scilicet si tibi adesset: ut ff. eodem l. solent ». GLOSSA « *subiecta* » in l. *Ex placito*, cit.

l'inadempimento della controparte è quindi l'azione *de dolo*, volta a risarcire la parte adempiente del suo detrimento, giammai abile a chiedere l'adempimento. Essa integra sia il lato satisfattorio che quello risolutorio, due profili che in queste fattispecie si identificano.

Non così nelle ipotesi in cui il momento di qualificazione consiste in un fatto traslativo e non ripetibile: fattispecie, queste, nelle quali la natura della prestazione crea un vincolo funzionale apprezzabile dal punto di vista satisfattorio, ma inesistente sul piano complementare della risoluzione. Alla parte esposta all'inadempimento spetterà quindi una struttura di tutela ibrida che, se da un lato gli consente di esperire l'*actio praescriptis verbis*, tipicamente identificata nel perseguimento della prestazione principale, dall'altro gli nega, per l'ontologia della sua prestazione, ogni possibilità ripetitoria.

Nel contesto del modello innominato, la *causa* identifica pertanto il vincolo di legittimazione funzionale che porta un determinato atto a integrare il negozio e a costituire, in questo modo, un'obbligazione nella sfera giuridica della parte che ha ricevuto gli effetti di questa disposizione patrimoniale.

Lo stesso termine assume una connotazione diversa nell'ambito dei contratti che traggono la loro qualificazione dallo *ius civile*, come la *stipulatio*. In questi, la discrasia tra profilo strutturale e profilo funzionale del regolamento non si concretizza nella postergazione degli effetti rispetto al momento di conclusione della fattispecie, bensì nella loro caducità rispetto a eccezioni coinvolgenti il merito del negozio (74). Il termine *causa* definisce così il rapporto obbligatorio che le parti hanno versato nel contratto verbale o letterale, il cui *defectus* consente alla parte obbligata di impedire la pretesa fondata sul negozio formale mediante l'*exceptio doli* (75). In questo senso, essa non è un elemento oggettivo della *stipulatio*, la cui

(74) « Tenet ergo, sed exceptione eliditur, nisi causa probetur, ut nota C. de non numerata pecunia l. generaliter ». GLOSSA « *nocebit* » in l. *Palam autem*, ff. de doli mali et metus exceptione.

(75) « Postea vult dicere, quibus ex causis haec exceptio locum habet, et ecce si stipulor a te sine causa, et ex ea stipulatione agam, obstat mihi exceptio doli. Item si spe futurae numerationis stipulor a te decem deinde non numero, et agam ex ea stipulatione: obstat mihi exceptio doli, quia causa non sit secuta » così riassume il *casus* della GLOSSA MAGNA alla l. *Palam autem*, cit.

assenza porta alla nullità radicale del contratto ⁽⁷⁶⁾. Il *defectus causae* ha, nel contratto verbale, la rilevanza di un vizio soggettivo:

« Sine causa. Vel quia in stipulando causa non exprimitur a contrahentibus: ut supra de probationibus. cum indebiti § fina. vel exprimitur quae ab utraque parte inesse creditur et non inest: ut si credo te vendidisse vel mutuasse procuratori meo, et ideo ex causa venditionis, vel mutui promitto, ut C. de non numerata pecunia l. si ex cautione. Idem et si tu etiam in hoc credebas te mutuasse procuratori, vel alium pro te » ⁽⁷⁷⁾.

La glossa appena citata non afferma la necessità per le parti di manifestare nel contesto della dichiarazione il rapporto obbligatorio che essi intendono versare nel negozio verbale affinché questo sia oggettivamente valido. La mancanza dell'*expressio causae* non impedisce l'esistenza della *stipulatio*, né la rende radicalmente nulla: semplicemente, essa apre alla parte obbligata in virtù di questo contratto tipicamente unilaterale la possibilità di esperire l'*exceptio doli*, offrendone tuttavia la prova, che andrà altrimenti conquistata. Una realtà che è resa sommamente perspicua dal prosieguo del testo, che significativamente propone le due complementari ipotesi della causa espressa ma erroneamente percepita dalle parti. Nel caso in cui il promittente contrae a mezzo del contratto verbale l'obbligo a corrispondere allo stipulante una somma che questi asserisce costituire il prezzo di una vendita contratta con lui da un suo procuratore, il primo ha a disposizione, palesatasi la verità, l'*exceptio doli* per impedire la pretesa avversaria ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Un tentativo in questo senso è tradizionalmente attribuito a Martino, sulla base di quanto riportato dalla GLOSSA « *causa* » in l. *Huius edicti § sed cum nulla, ff. de pactis*: « Causa. idest datio vel factum ex quo vestiatur contractus innominatos, do ut des. Nam de his dicit adhuc, ut patet ex coniunctione § istorum. Et ideo glosa M. qui dicit, etiam si stipulatio intercessit, non tenere, reprobatur per C. de rerum permutatione l. ex placito ». Cfr. E.M. MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la causa de la donation*, in *Revue d'histoire du droit*, 1936, XIV, p. 371 (ora in *Etudes d'histoire du droit*, IV, Leyde 1966, p. 111).

⁽⁷⁷⁾ GLOSSA « *sine causa* » in l. *Palam autem*, cit.

⁽⁷⁸⁾ Se la *stipulatio* non fosse intercorsa, il problema non si porrebbe. Il soggetto escusso per il prezzo da parte di chi asserisce di aver contratto una vendita con un suo procurator può ovviamente eccepire che il negozio non è mai esistito; se l'errore lo ha indotto a corrispondere la somma, sia essa stata o meno chiesta giudizialmente, avrà

L'*expressio causae* non rileva quindi come elemento obiettivo del negozio, ma come termine per la più ampia prova del difetto del rapporto obbligatorio sottostante. Una prospettiva definitoria che è confermata dal prosieguo della glossa citata:

« Sed quid si ego qui promitto sine causa, scio causam non inesse, tu credas inesse? Responde videor donasse et sic teneor: ut argumenta infra de regulis iuris l. cuius et C. ad legem Falcidiam lege finali. secus forte si et tu scias causam non inesse: quia in pari causa et cetera ».

Se il promittente sa di contrarre l'obbligazione *sine causa*, poiché non sussiste un precedente titolo giuridico che lo lega allo stipulante, il quale pure ritiene in buona fede che esso esista, resterà obbligato dalla sua stipulazione, che potrà essere intesa come una donazione. Si badi: non siamo di fronte ad una presunzione *iuris et de iure*, all'imposizione forzata da parte della norma di un elemento obiettivo inesistente nella realtà della fattispecie concreta ⁽⁷⁹⁾. Il punto è un altro: il soggetto che abbia contratto una *stipulatio* sapendo che essa è priva di *causa* non può servirsi di un'eccezione che presuppone il dolo della controparte che, nel caso di specie, ovviamente non sussiste ⁽⁸⁰⁾.

sempre a disposizione la *condictio indebiti*. L'aver promesso questa cifra al terzo con un negozio formale quale la *stipulatio*, che produce un'obbligazione immediatamente efficace, astratta e esigibile, rende complessa questa fattispecie altrimenti lineare. La conseguenza principale è, come evidente, l'inversione dell'onere della prova: in assenza della *stipulatio* sarebbe stato il terzo a dover provare il fatto della vendita intercorsa con il *procurator*; concluso in questi termini il negozio formale è l'altra parte a dover provare che la compravendita non ha mai avuto luogo.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. E.M. MEIJERS, op. cit., p. 370.

⁽⁸⁰⁾ Una soluzione che si inquadra perfettamente nei valori della cultura giuridica medievale e, soprattutto, nel concetto di *fides* che, come abbiamo visto, anima comunque tutta la riflessione sui *pacta*. Se si ammettesse che il soggetto che contrae una *stipulatio* sapendo che essa è *sine causa* può comunque sollevare questo difetto e liberarsi così dalla sua obbligazione, per come sarebbe proprio di una tesi *oggettiva* della *causa stipulationis*, dovremmo ritenere conseguentemente lecito il dispregio che egli recherebbe all'affidamento della controparte, coinvolta in un negozio in cui lo stipulante ha preconstituito un vizio che gli consentirebbe di caducare unilateralmente il contratto in qualsiasi momento. Non a caso la GLOSSA si pone il problema della disciplina da dettare nel caso in cui entrambe le parti sappiano che la loro *stipulatio* è priva di *causa* e non a caso essa ne

4. *Il modello di attribuzione del tipo nelle fattispecie identificate nel contenuto obbligatorio.*

4.1. *Lo schema di definizione reciproca delle fattispecie tra tipologia nominata e innominata.*

L'analisi appena intercorsa dimostra come la nozione di *causa* non venga intesa dai glossatori della seconda *aetas* come fattore di individuazione del nucleo di tipicità del contratto. Essa non definisce difatti la funzione specificatamente riconnessa dall'ordinamento ad una data manifestazione di volontà tra due parti, ma descrive soltanto l'efficacia costitutiva d'obbligazione che un singolo atto di esecuzione assume all'interno di una determinata specie di contratti, gli *innominati*.

La discrasia tra momento di conclusione del consenso e momento di perfezionamento del regolamento contrattuale, caratteristica propria ed inscindibile del modello innominato, costituisce difatti l'unico ambito concettuale nel quale la *causa* assume un significato autonomo, divenendo quindi termine dotato di rilevanza giuridica. La *causa* non trova, per contro, un proprio spazio di definizione in quei modelli ove l'accordo, concluso *re* o *consensu*, è immediatamente efficace nei confronti delle parti e descrive direttamente il contenuto dei loro obblighi. Il termine mantiene un limitato spazio definitorio, comunque diverso da quello tributato alle fattispecie *innominatae*, per i contratti centrati sulla forma della dichiarazione, come nel caso di quelli conclusi *verbis* o *litteris*.

La causa non è quindi una nozione dal significato unitario, il che la rende inidonea a costituire il termine sul quale effettuare la valutazione che riconduce un dato regolamento in una tipologia contrattuale determinata. Essa è piuttosto l'epifenomeno dell'opera di tipizzazione che i glossatori del secondo periodo conducono sui criteri generali dati dai *vestimenta* e dalla *certitudo*. Usando di questi due strumenti definitori, i glossatori più tardi distinguono innanzitutto la tipologia dei contratti nominati da quella delle fattispecie *innominatae*, riportando le differenze tra questi due diversi ambiti di

afferma la validità sul principio della *pari causa*, sottolineando quindi come nell'assenza del dolo le parti siano comunque obbligate dal loro negozio.

rilevanza giuridica su una scala omogenea di valori. Ogni fattispecie sarà dunque ascrivibile all'una o all'altra tipologia in dipendenza dal grado di *certitudo* della sua struttura obbligatoria, cui consegue l'attribuzione di una specifica procedura genetica ⁽⁸¹⁾.

Abbiamo già avuto una prima dimostrazione di tale metodo di individuazione del tipo analizzando i termini di definizione reciproca adoperati dai glossatori per distinguere la fattispecie nominata della compravendita da quella innominata della permuta. La procedura di formazione della compravendita, contratto che si conclude con il semplice scambio del consenso, si riconnette tipicamente al suo contenuto obbligatorio, talché ogni modificazione di quest'ultimo porta a descrivere il contratto nella tipologia opposta:

« ...Et nota quod aut datur pretium pro re, et est emptio: aut species pro specie et tunc aut incerta pro incerta: ut bovem pro asino: aut incerta pro certa aut certa pro incerta: ut oleum pro frumento in genere: ut infra eodem l. emptionem et his tribus casibus est contractus innominatus generalis: ut do ut des ut habes hoc ff. de praescriptis verbis l. naturalis... aut certa pro certa et tunc est permutatio, ut infra eodem l. quoniam quae et ipsa est innominatus contractus, et fit nudo pacto: sed non nascitur actio, nisi re ex altera parte secuta... » ⁽⁸²⁾.

Il modello nominato dell'*emptio venditio* è descritto, sul lato

⁽⁸¹⁾ Un'operazione prettamente dialettica. Volendo concederci per un solo attimo una digressione dalla tecnica giuridica al più generale ambito della cultura scientifica e filosofica del medioevo, appare evidente come nell'individuazione dei significati riferibili al concetto di *vestmentum* come a quello di *certitudo* l'opera del giurista sia rappresentabile pienamente nelle forme del metodo che rappresenta la vera base di fondazione culturale del tempo. Su ciascun profilo, difatti, egli rende una coppia di significati *in oppositionem*: esistono così da un lato *vestimenta* immediatamente obbligatori (che possiamo chiamare per comodità « perfetti »: *re, verbis, literis, consensu*) e *vestimenta* la cui obbligatorietà dipende da un fatto successivo (« imperfetti »: *interventus rei, cohaerentia contractus*), dall'altro obbligazioni *certainae* e *incertainae*. Si creano così proposizioni *concordantes* tra il *vestmentum* perfetto e l'obbligazione *certaina* come tra il *vestmentum* imperfetto e l'*obligatio incerta*; proposizioni *contradictoriae* tra il *vestmentum* perfetto e l'*obligatio incerta* come anche fra il *vestmentum* imperfetto e l'obbligazione *certaina*. Sull'uso delle relazioni di concordia (e di subalternità, che ne costituisce una specie), di opposizione e di contraddittorietà da parte dei glossatori, cfr. G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, cit., p. 127-132.

⁽⁸²⁾ GLOSSA « *Postulabis* » in l. *Si cum patruus C. de rerum permutatione*.

della struttura obbligatoria, nei termini del nesso funzionale che si realizza tra un'obbligazione in *dare* avente ad oggetto un *genus* tipicamente fungibile, quale una somma di denaro, e un'obbligazione a *tradere* una *species* infungibile. Rispetto a questo modello, la glossa calcola tutte le possibili variazioni, riservando il *nomen elegans* della *permutatio* per l'ipotesi in cui le parti si obbligano ciascuna a trasferire la proprietà di una *species certa* e qualificando del generico appellativo di *do ut des* le fattispecie in cui le prestazioni oggetto del contratto siano l'una o entrambe *incertae*.

Una costruzione nella quale possiamo vedere gli esiti di un processo di cui abbiamo già prima analizzato taluni tratti. I primi glossatori, come abbiamo visto, tentavano solo una timida distinzione tra *emptio* e *permutatio* sul criterio dato dalla qualità dell'oggetto contrattuale: ove due soggetti si scambino una *res pro pretio* siamo in presenza di una compravendita; la permuta ricorre, al contrario, allorché i beni vengano reciprocamente trasferiti nella loro specifica individualità⁽⁸³⁾. La definizione della *res* oggetto del contratto come *species certa* o *incerta* guida la distinzione tra la fattispecie nominata della compravendita e quella innominata della permuta, producendo soltanto due monadi concettuali, rigidamente separate. Provvisi di altri strumenti, i glossatori più tardi trasformano la *certitudo* da categoria volta a descrivere unicamente l'oggetto del contratto a criterio che considera la fattispecie nella sua unità.

Il testo citato rappresenta la conclusione di questo sviluppo, nel momento in cui pone come indifferenti rispetto allo schema di definizione reciproca delle fattispecie le particolarità relative all'oggetto del contratto. Esso, difatti, descrive tutte le possibili modificazioni del regime della compravendita soltanto sulla mutazione della natura delle prestazioni coinvolte, per cui all'obbligazione in *dare* propria del compratore non fa riscontro la diversa obbligazione alla *traditio* della cosa specifica, bensì un eguale obbligo di *dare*. La sostituzione della prestazione tipica del venditore — che si obbliga a trasferire il bene nella sua materialità perché da ciò derivi titolo per

(83) Per come è nella definizione di ROGERIO, già citata *supra* par. 2.1., secondo la quale nella permuta i beni vengono conferiti « *non sub extimatione quantitatis* », in caso contrario si avrebbe una compravendita.

l'acquisto della proprietà da parte del compratore — con una prestazione che è, al contrario, immediatamente costitutiva della situazione reale in capo al ricevente, conduce immediatamente il regolamento nella tipologia innominata del *do ut des*.

Un tale tessuto obbligatorio non è più coerente, nella ricostruzione dei glossatori, con una struttura genetica qualificata nel solo scambio del consenso fra le parti. Essa si trasformerà di conseguenza e pertanto il contratto non potrà più obbligare le parti sin dal momento di conclusione dell'accordo, ma solo dall'istante in cui una parte darà *causa*, con il proprio adempimento, all'obbligazione della controparte.

Tutto ciò si riflette sul profilo della struttura di tutela del regolamento. Nella tipologia nominata dell'*emptio*, due azioni distinte descrivono partitamente le posizioni del compratore e del venditore e sono esperibili dalle parti per il fatto stesso dell'accordo. In tale disciplina, il compratore è strettamente obbligato al pagamento del prezzo, mentre il venditore assume un'obbligazione alla *traditio* della cosa venduta che, se non adempiuta, lo espone al pagamento di un equivalente monetario. Come abbiamo visto, la corresponsione dell'*id quod interest* si presenta come obbligazione necessariamente subordinata rispetto a quella principale che ha ad oggetto il trasferimento del bene venduto. Il compratore, difatti, non può ottenere la *traditio* della cosa acquistata ove la controparte intenda liberarsi con il pagamento dell'equivalente.

Nella fattispecie innominata una sola azione, l'*actio praescriptis verbis*, è il rimedio con cui ciascuna può richiedere in giudizio l'adempimento dell'altra. L'oggetto di questa tutela non è pertanto individuato *ex ante* sul contenuto obbligatorio del contratto: esso viene determinato dalla pretesa della parte che ha integrato il contratto e che acquisisce per questo fatto la legittimazione ad agire. Questa può chiedere l'adempimento in forma specifica dell'obbligazione altrui o l'equivalente in *id quod interest*, in una relazione fra queste due prestazioni che non è più di subordinazione, ma di alternatività. Nel momento in cui l'attore non intenda soddisfarsi della prestazione in equivalente, egli potrà perseguire la via della risoluzione del contratto attraverso la *condictio causa data causa non secuta*, rimedio sconosciuto all'*emptio venditio*.

Il regime che governa le mutazioni reciproche tra queste due

tipologie non è guidato in alcun aspetto dall'appartenenza della specie contrattuale ad una *species certa* o *incerta*, per cui costituiscono varianti innominate della compravendita sia lo scambio di un bene determinato e infungibile con un altro di eguale caratteristica, sia il caso opposto, in cui avviene il trasferimento di una quantità di cosa indeterminata e fungibile contro un bene parimenti indeterminato e fungibile⁽⁸⁴⁾. L'irrelevanza della qualità dell'oggetto si dimostra maggiormente analizzando le ipotesi intermedie fra questi due estremi: le fattispecie in cui si dà una *species incerta pro certa* oppure una *species certa pro incerta* sono difatti eguali, sotto il profilo della determinazione dell'oggetto contrattuale, alla struttura nominata della compravendita, nella quale una parte si obbliga ad una *species* che è *incerta* per definizione — il prezzo in denaro — e l'altra ad una cosa pienamente individuata.

La glossa tuttavia tratta queste ipotesi come contratti in *do ut des*, individuando così altrove il nucleo di tipicità intorno al quale descrivere tanto le caratteristiche della fattispecie nominata dell'*emptio* quanto quelle delle corrispettive ipotesi innominate. Esso risiede nella coesistenza reciproca di due prestazioni, l'una predicata in *dare*, come tale non subordinabile a ad una parallela obbligazione ad un equivalente, l'altra in *tradere*, cui è al contrario connaturata la valutazione *in id quod interest*⁽⁸⁵⁾. In tutti i casi in

(84) Occorre precisare che la distinzione tra *genus* e *speciem* non coincide con quella, tutta romanistica, fra cose fungibili e infungibili. Lo dimostrano gli esempi riportati dalla GLOSSA: è un contratto innominato anche lo scambio di *oleum pro frumento in genere*. La distinzione, pertanto, non si esaurisce alla qualità dell'oggetto, ma dipende da quanto è stato deciso fra le parti. Si veda, al proposito, una glossa (« *in creditum* » in *l. Bene est ff. si certum petatur*) sulla quale torneremo più diffusamente in seguito, a proposito del contratto di mutuo, la cui tipicità si riconnette alla *datio genus ut tantundem reddatur*. Perché si abbia la fattispecie nominata non basta che il mutuante dia al mutuatario una cosa fungibile: occorre che questa sia trasferita *ut genus*. Lo stesso bene fungibile, difatti, può essere conferito *ut species* per costituire comunque la medesima obbligazione al *tantundem restituere*. Un'ipotesi che dà comunque luogo ad una fattispecie innominata: « ...nam si dederō pecuniam in sacculo non numeratam, ut tantundem reddas, non erit mutuum, sed innominatus contractus ».

(85) Si può trovare una dimostrazione *a contrario* esaminando le ipotesi in cui alla *datio* del prezzo come *species incerta* fa seguito la *traditio* di una *species* parimenti *incerta*. Questa fattispecie è sempre considerata dai glossatori, tanto del primo quanto del secondo periodo, nel tipo nominato di compravendita. L'indeterminatezza dell'oggetto

cui l'accordo fra le parti non replichi questa struttura obbligatoria, nella quale si rappresenta la sostanza definitoria della compravendita come contratto abile a produrre i suoi effetti sin dall'istante di conclusione dell'accordo, il regolamento pattizio si riporta alla tipologia innominata, di cui deve replicare le caratteristiche strutturali.

Considerato in termini di ordinamento, questo schema di definizione reciproca delle fattispecie dimostra l'esigenza, allorché ci si allontani dal nucleo di tipicità del modello nominato, di avere un momento di qualificazione ulteriore e indipendente rispetto al consenso delle parti, affinché il regolamento privato di interessi possa essere efficace ed azionabile. Per i glossatori l'efficacia obbligatoria del consenso non è un principio generale e irrefutabile, ma una caratteristica propria di una data fattispecie tipica: l'inizio dell'esecuzione rappresenta così per questi giuristi un fatto la cui intrinseca normatività è in grado di supportare effetti che il volere delle parti non potrebbe avere, per essersi distanziato da quell'archetipo ⁽⁸⁶⁾.

della prestazione in *tradere* porta certamente delle modificazioni al tessuto obbligatorio del negozio, in particolare per quanto riguarda il momento di conclusione del contratto e il conseguente passaggio del *periculum* nella sfera giuridica del compratore, ma esse non sono in grado di far trascolorare il regolamento nella tipologia innominata. Questa si crea, come la stessa glossa citata nel testo soggiunge, allorché il contratto è strutturato intorno alla *datio* e non alla *traditio* di *species certae* come *incertae*.

⁽⁸⁶⁾ Una soluzione che trova pieno riscontro nei valori più profondi del mondo medioevale. Essa testimonia, innanzitutto, di un influsso perdurante delle coordinate proprie dell'esperienza della prassi altomedievale, nella quale l'elemento di realtà insito nella permuta rende questo negozio come l'ipotesi principale di contratto volto allo scambio di beni. Su questo punto cfr. G. VISMARA, *La permuta nell'alto medioevo*, in *Scritti di storia giuridica*, II, p. 140-141. In secondo luogo possiamo riscontrare in questa costruzione una conseguenza della distinzione fra *aequitas rudis* e *aequitas constituta*, volendo ragionare con le categorie più alte della *prudentia iuris* dei glossatori per come ci vengono consegnate dalla storiografia. Il nucleo di tipicità della compravendita è immediata espressione dell'*aequitas constituta* nell'ipostasi del testo romano: affinché si possa riconoscere una rilevanza a fatti giuridici simili ma non eguali alla fattispecie dettata dalla *lex* occorre un momento ulteriore, l'inizio dell'esecuzione, che obblighi, in via di *aequitas rudis*, la controparte a sanare con il proprio adempimento la diminuzione patita da chi ha integrato il regolamento. Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 1995, p. 104 e 179-181.

4.2. *La generale applicabilità del modello tipologico di variazione alle fattispecie bilaterali e unilaterali.*

4.2.1. *La fattispecie nominata della locatio e le sue varianti innominate.*

Lo schema di definizione reciproca delle fattispecie nominate e innominate diviene, in questi termini, il modello generale di attribuzione del tipo contrattuale. Esso non si limita difatti a tracciare soltanto le mutazioni del contratto finalizzato allo scambio di beni, ma realizza la propria coerenza definitoria riguardo a fattispecie altrimenti determinate.

È il caso della *locatio*:

« Est autem locatio personae reive ad usum facta concessio mercede in pecunia numeranda et conventa, alioquin si de re alia danda faciendave convenerit non erit locatio sed innominata forma negotii ex quo agetur actione incerti id est praescriptis verbis... »⁽⁸⁷⁾.

La fattispecie *nominata* viene pertanto definita nella struttura obbligatoria in cui la concessione in uso di una cosa fatta da una parte trova corrispondenza nell'obbligazione dell'altra a costituire la prima nella proprietà di una somma di denaro. Il primo elemento distingue la locazione dalle fattispecie centrate sul momento dello scambio; il secondo la differenzia dal corrispondente modello innominato. Ove l'elemento del canone in denaro venga sostituito dalla corresponsione di una cosa specifica o dal compimento di un *facere*, il regolamento di interessi si giustifica solo all'interno dello schema di qualificazione dei contratti innominati⁽⁸⁸⁾.

Il risultato di tale traduzione, tuttavia, è una fattispecie radical-

⁽⁸⁷⁾ AZONE, *Summa Codicis, de locato et conducto* (pag. 170 col. 1). AZONE trae immediatamente da questa ricostruzione alcune conseguenze sull'ambito dei contratti agrari: « Sic ergo dicam dari actione praescriptis verbis contra partiarum colonum... ».

⁽⁸⁸⁾ Sul canone pecuniario come elemento caratterizzante la *locatio* si confronti la GLOSSA « si res » in *l. Naturalis § at cum do ff. de praescriptis verbis*: « Si res. Id est, species vel pecunia ut species: ut argumenta infra, de legatis primo l. plane § secundus. Et nota hic, quod locatio non est, nisi merces in pecuniae quantitate consistat: ut hic, et supra, depositi lex prima § quod si opere et supra locati lex et haec distinctio § finalis. Accursius. ».

mente diversa. Il contratto appartenente alla tipologia nominata si conclude nel momento in cui le parti stringono il proprio consenso su questi due elementi essenziali; da questo istante non è più possibile il recesso unilaterale. La variante innominata, al contrario, può essere sempre posta nel nulla sino a che una parte non la integri del proprio atto di esecuzione; dopo tale momento quest'ultima ha comunque la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, ipotesi inammissibile per la *locatio*.

In quanto contratto provvisto di un *nomen* distinto ⁽⁸⁹⁾ esso individua nettamente le parti nella complessità delle prestazioni cui ciascuna si obbliga:

«...locator ergo dicitur qui eo quod suum est alium uti permittit conventa mercede. conductor vero econverso qui eo quod aliorum est utitur conventa mercede » ⁽⁹⁰⁾.

Allo stesso modo, esso attribuisce ad ognuna di queste figure un'azione che tutela la totalità delle situazioni soggettive derivanti dal contratto. Non così nelle varianti innominate, in cui l'azione *praescriptis verbis* non individua specificamente l'obbligazione della controparte. Essa spetta solo a chi ha integrato per primo il regolamento, il che pone, in una fattispecie in cui le parti si obbligano a prestazioni strutturalmente opposte, taluni problemi ricostruttivi. Le mutazioni della *locatio* portano per definizione ad avere delle fattispecie innominate in *do ut facias* o in *facio ut facias*. Consideriamo la prima: quale regime di tutela applicare se la prestazione che integra il contratto è quella in *facere*? In questo caso si scontrano due visioni possibili del negozio: una puramente oggettiva, l'altra che fa perno sull'intrinseca unità della fattispecie contrattuale e analizza anche il momento soggettivo. Un dissidio di non facile composizione:

« At cum do. Tunc est do ut facias, quando prius debet dari et postea fieri: licet quandoque praeviniatur in faciendo. sic enim omnes dignoscuntur et tunc nihilominus datur actio praescriptis verbis, licet in faciendo praeviniatur. spectatur enim conventio, secundum Ioannem ut C. de

⁽⁸⁹⁾ Cfr. la GLOSSA « *Consentire* » in *l. Consensu ff. de actionibus et obligationibus* riportata *supra* pag. 187.

⁽⁹⁰⁾ AZONE, ult. loc. cit.

transactionibus l. cum mota. licet alii solum inspiciant, quae fiunt prius »⁽⁹¹⁾.

Se si considera il contratto innominato esclusivamente nella prospettiva data dalla modalità di relazione fra le prestazioni delle due parti, ove l'atto di perfezionamento della variante della *locatio* sia realizzato da parte di chi è obbligato al *facere*, la fattispecie complessivamente risultante deve essere considerata come un *facio ut des*. Una tesi che deriva immediatamente dall'accezione oggettiva del concetto che i glossatori hanno della *causa* come momento unilaterale di costituzione di un obbligo in capo alla controparte conseguente alla produzione di un determinato fatto normativo. Accogliendo questa tesi, occorrerà verificare se, nella fattispecie concreta, l'atto di disposizione sia traslativo di utilità verso la controparte: in caso contrario non potrà instaurarsi il vincolo funzionale tra le due prestazioni e pertanto la parte che perfeziona il regolamento avrà a disposizione solo una tutela risarcitoria, restando inammissibile l'azione che persegue l'adempimento e parimenti quella volta alla risoluzione del contratto.

La tesi opposta, attribuita a Giovanni Bassiano e condivisa dalla *Glossa* accursiana, procede invece dall'accezione soggettiva del medesimo significato giuridico, considerando dal punto di vista dell'accordo fra le parti la stessa relazione esistente tra le prestazioni che costituiscono la struttura del regolamento contrattuale. Per questa opinione, il contratto innominato sarà in *do ut facias* o in *facio ut des* a seconda di come il nesso funzionale tra gli atti di disposizione sia stato delineato dalle parti e non sulla base della priorità evenemenziale di una prestazione rispetto all'altra⁽⁹²⁾.

⁽⁹¹⁾ Un punto che non si presta ad una soluzione univoca: (GLOSSA « *At cum do* » in l. *Naturalis* § *at cum do ff. de praescriptis verbis*.).

⁽⁹²⁾ La GLOSSA non specifica, nel testo sopra riportato, se, una volta ricostruito il regolamento secondo il volere delle parti come contratto in *do ut facias*, l'anticipo della prestazione in *facendum* rappresenti o meno una valida integrazione del negozio, efficace a produrre l'*actio praescriptis verbis*. L'inciso di un'altra glossa, che abbiamo già citato ad altri fini sembrerebbe propendere per la negativa: « Item in hoc facio ut des, videtur dandam praescriptis verbis ut C. de transactionibus l. cum mota. Solve ibi erat do ut facias, licet ibi praeventum fuerit in faciendo, unde nihilominus datur praescriptis verbis. ».

Non dà luogo invece a particolari difficoltà definitorie la variante della fattispecie nominata predicata in *facio ut facias*. L'identità strutturale delle prestazioni cui le parti si obbligano non pone problemi dipendenti dalla priorità di un atto dispositivo rispetto all'altro. Concordemente alla tesi dei glossatori che abbiamo già analizzato, l'incontro di due prestazioni egualmente determinate in un *facere* dà pacificamente luogo all'*actio praescriptis verbis*, stante l'identico ruolo che svolge in esse l'*id quod interest*.

4.2.2. Segue. *Il mutuo*.

Sino a che il nostro sguardo si limita alle fattispecie della compravendita e della locazione, potrebbe sembrare che lo schema di definizione reciproca delle fattispecie venga tracciato dai glossatori portando alle estreme conseguenze l'elemento della reciprocità delle prestazioni che rende intrinsecamente affini queste due fattispecie nominate con le rispettive ipotesi innominate. Estendendo la nostra analisi possiamo invece verificare come questo modello di comprensione del tipo contrattuale sia utilizzato dai glossatori per descrivere le particolarità di una fattispecie unilaterale:

« *Contrahitur autem mutuum si recepturi sumus non eandem speciem quam dedimus alioquin comodatum erit aut depositum sed idem genus id est tantundem in eodem genere. Nam si aliud genus veluti ut pro vino triticum recipiamus vel e converso non erit mutuum sed innominatus contractus do ut des ut ff. eodem lex secunda in primo responso et de praescriptis verbis l. naturalis § primus.* »⁽⁹³⁾.

Il mutuo, patto vestito *re*, è individuato nel trasferimento da parte del mutuante di una cosa fungibile al mutuatario che assume, in questo modo, l'obbligo a restituire un bene dello stesso genere alla sua controparte. La caratteristica dell'oggetto del contratto di essere individuabile esclusivamente in un *genus*, comporta che di esso debba essere costituita la piena proprietà in capo al mutuatario. Non è difatti sufficiente alla costituzione di questa fattispecie nominata la semplice *traditio* della cosa, prestazione che ammette la subordinazione con l'obbligazione parallela all'*id quod interest*.

⁽⁹³⁾ AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (fol. 107 col. 2).

L'obbligazione al *tantundem restituere* nasce difatti solo nel momento in cui il ricevente possa usare, consumandola, la cosa che costituisce oggetto del contratto:

« ...quasi dicat contrahere possumus mutuuum ut de nostro suum fiat. sic accipitur infra ad macedonianum l. quia quod. ideo autem in supradictis fit mutuuum et non in aliis rebus: quia facultas datur debitori ut consumat, cum sit suum factum: et quia potest liberari per solutionem alterius rei, in eodem genere tamen: ut si in numero datum fuerit: ad numerum reddatur: si in pondere, ad pondus: si in mensura, ad mensuram, et hoc est quod hic subiicit: quia in genere suo recipit functionem per solutionem id est ut aliud omnino sua vice fungatur si fuerit solutum, magis quam per speciem. »⁽⁹⁴⁾.

Il nucleo di tipicità della fattispecie nominata si fonda dunque sull'elemento della consumabilità del bene, situazione che può verificarsi solo in dipendenza da una traslazione reale (« *cum sit suum factum* ») e non meramente obbligatoria della cosa⁽⁹⁵⁾. Le possibili mutazioni del regolamento nominato procedono così dalla natura della cosa oggetto del contratto:

« Sunt enim singula singulis reddenda id est recipit mutuuum ut illud omnino sua vice fungatur et tante sit utilitatis et precii: non autem recipit functionem per speciem eandem que data est vel aliam que non est in eodem genere quod non ponitur ibi magi vel potius electivum est quia aut redditur idem et tunc non est mutuuum ut supra dictum est aut aliud et tunc

⁽⁹⁴⁾ GLOSSA « *In creditum* » in l. *Mutuuum damus ff. si certum petatur*.

⁽⁹⁵⁾ Da qui il sorgere di una *vexata quaestio* che sarà riproposta anche dai giuristi posteriori: se sia necessario il dato dell'effettiva consumazione della cosa trasferita perché si abbia il mutuo. La GLOSSA « *speciem* » in l. *Mutuuum damus ff. si certum petatur* attribuisce ad AZONE la tesi positiva, che condurrebbe ad una concezione oggettiva del mutuo, propendendo tuttavia per una concezione soggettiva che vede necessaria l'indagine sull'*animus* delle parti: « *Speciem*. id est, rem sive corpus. nam in speciebus non consistit mutuuum: ut infra § proximo. sed quid si nummos mutuem tibi, cum postea non indigeas, eosdem reddis. nonne erat mutuuum? Quidam ut Azo quod non, ut hic et infra proximum in fine ibi, sed idem genus, et cetera. Sed dic contra: quia propositum inspicitur ex quo fuit translatum dominium. ut institutiones quibus modis re contrahitur obligatio in principio ex eo quod dicit multiplicando et quandoque et cetera et argumenta C. de rescindenda venditione l. pretii causa nec obstat quod hic dicit, recepturi non eandem. nam dic quo ad propositum utriusque: quia hoc participium recepturi. non respicit id quod sperat semper. sic et infra eodem l. qui pecuniam ».

non est quia non est in eodem genere nec nam in rebus aliis invenitur omnimoda similitudo unde nec contingit liberatio... »⁽⁹⁶⁾.

Si ha pertanto la fattispecie nominata di mutuo tutte le volte in cui un soggetto trasferisca la proprietà di una cosa ad un altro, perché questi gli corrisponda un bene che possa essere considerato eguale al primo per l'utilità che in esso si rappresenta. Data questa relazione di corrispondenza, il bene cui il mutuatario si obbliga può effettivamente sanare la diminuzione patrimoniale cui il mutuante si è sottoposto con il proprio atto di disposizione.

La perfetta congruenza tra la cosa oggetto della *datio* e quella oggetto della *restitutio* individua il concetto di *genus* sul quale si fonda il regolamento del mutuo come tipo nominato. In tal modo la caratteristica della fungibilità delle prestazioni si esprime di norma nella individuabilità delle *res* coinvolte *sub expressione quantitatis*, per cui se si dà un bene che può quantificarsi *ad numerum* si avrà un mutuo nel momento in cui la parte ricevente si obblighi a restituire una cosa valutabile sullo stesso metro⁽⁹⁷⁾.

Le possibili mutazioni della relazione di omogeneità tra le cose che costituiscono oggetto delle prestazioni delle parti si traducono immediatamente in modificazioni della struttura obbligatoria del contratto. Nel momento in cui, difatti, una parte dia un bene misurabile *ad numerum* e l'altra si impegna a restituire un bene quantificabile *ad mensuram*, non è più riscontrabile il regime del mutuo, ove tale differenza sia indicativa di una diversa *utilitas* delle cose considerate:

« Sed quid si accepero pecuniam ad numerum: nunquid potero red-

⁽⁹⁶⁾ AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (fol. 108 col. 1).

⁽⁹⁷⁾ Il che pone i glossatori nell'esigenza di precisare che il termine *genus* non debba essere provvisto del significato proprio della dialettica, ma in un'accezione tecnica che viene individuata a partire dalla concreta disciplina del mutuo: « Et nota quod genus dicitur quod praedicatur de pluribus differentibus speciebus. Species autem est quae praedicatur de pluribus differentibus numero secundum Porphyrium. Sed hic genus dicitur unum eorum quae consistunt in pondere: aliud eorum quae in numero. aliud eorum quae in mensuram quibus tantum mutuum consistit. species vero dicitur aliquod corpus, ut Stichus ». GLOSSA « *In creditum* » in *l. Mutuum damus ff. si certum petatur*, cit. Cfr. anche AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (fol. 108 col. 1).

dere frumentum ad mensuram? Respondeo non: ut hic, ubi dicit in genere suo, et cetera et facis infra de fideiussoribus l. si ita fideiussor. Item quid si accepero argentum ad pondus: numquid potero reddere pecuniam? Respondeo sic: non tamen aere contaminata... »⁽⁹⁸⁾.

Chi si impegna a restituire in moneta la quantità d'argento ricevuta a peso contrae sicuramente un mutuo, poiché l'*utilitas* espressa in queste due cose è strutturalmente eguale. Non conclude la fattispecie nominata chi, al contrario, si obbliga a restituire una quantità di frumento in cambio della somma ricevuta in denaro. In questo caso le due cose non si pongono fra loro in modo tale che l'una sia immediatamente rappresentativa del valore dell'altra; per stabilire l'equivalenza tra questi due oggetti occorre far ricorso ad un'operazione di apprezzamento che resta sconosciuta alla tipologia nominata del mutuo. Ove ciò accada, il regolamento voluto dalle parti trascolora immediatamente in altre tipologie negoziali:

« Item quid si das frumentum, ut reddam vinum vel argentum et consentimus ambo: numquid est mutuuum? Respondeo non: sed vel est contractus innominatus: vel venditio, ut hic: quia in genere suo et cetera... »⁽⁹⁹⁾.

A seconda che il mutuante debba ricevere del denaro o una cosa fungibile di genere diverso da quella da lui trasferita, il contratto sarà

⁽⁹⁸⁾ GLOSSA « *In creditum* » in l. *Mutuuum damus ff. si certum petatur*, cit. La tesi è ripresa da AZONE: « quid si acceperim argenti pondus ut velim reddere pecuniam ad numerum. videtur quod liceat ut ff. de aur. et ar. le. lex prima § ult. hoc si erat pecunia argentea non contaminata ere. Nam tunc idem genus reddo... » AZONE, *Summa Codicis, si certum petatur* (fol. 107 col. 2). La GLOSSA riporta la posizione discorde di UGO.

⁽⁹⁹⁾ GLOSSA « *In creditum* », cit. La GLOSSA sottolinea, riprendendo ancora una volta il pensiero di AZONE (*si certum petatur*, cit., fol. 108 col. 1), gli elementi che debbono essere presenti affinché si abbia un contratto di mutuo: « Item quid si librum ad pondus tibi dederò: ut librum tanti ponderis mihi reddas. vel quid si oves ad numerum? respondeo non est mutuuum. Nam in mutuo quatuor considerantur: quorum si quid desuerit, non erit mutuuum. Natura, ut ad hoc sit inventa, sicut pecunia ad numerandum: ut infra de contrahenda emptione lex prima. Item consuetudo. Item aptitudo, quod datio talis ad numerum vel ad pondus aptetur suae naturae. Item actus, scilicet ut detur secundum suam naturam. nam si dederò pecuniam in sacculo non numeratam, ut tantundem reddas: non erit mutuuum, sed innominatus contractus... ».

una compravendita o un contratto innominato in *do ut des*. In questo modo, la struttura obbligatoria del contratto di mutuo si modifica tutte le volte in cui il ricevente si obblighi a restituire non l'*idem genus* ma un'altra *species*. Un tale tessuto normativo degli interessi delle parti non presuppone più la *restitutio* di una cosa, ma lo scambio di due beni diversi, anche se dal punto di vista economico i due beni dovessero risultare di egual valore e utilità per i soggetti del regolamento pattizio: il risultato è che quest'ultimo non può più essere contenuto in una procedura genetica unilaterale. La modificazione della qualità dei beni coinvolti nel negozio cagiona la mutazione radicale della qualità delle prestazioni che compongono la struttura obbligatoria del contratto: solo l'appartenenza ad un *idem genus* può fondare la *restitutio*, mentre *duae species* diverse possono essere oggetto solo di una *traditio* o di una *datio*, prestazioni che possono essere determinate dalle parti solo all'interno di uno schema bilaterale. Quest'ultimo potrà solo in taluni casi appartenere alla tipologia nominata e concludersi pertanto con il semplice scambio del consenso fra le parti. In tutti gli altri casi si avrà bisogno dell'*interventus rei*, dell'inizio dell'esecuzione, perché il regolamento fra due soggetti possa essere valido e azionabile.

4.3. *La traslatività dell'atto di disposizione come criterio per l'individuazione del tipo di contratto qualificato nel contenuto obbligatorio.*

L'esempio del mutuo rende definitivamente palese la complessa realtà dell'individuazione del tipo contrattuale nel sistema dei tardi glossatori. In particolare, essa evidenzia come lo schema di definizione reciproca possa prendere in considerazione soltanto quei contratti nominati in cui sia comunque presente una prestazione traslativa di un'utilità, quindi un'obbligazione che sia valutabile nella presenza o meno dell'*id quod interest*.

Nella compravendita, difatti, un'obbligazione predicata *ad interesse*, quale quella del venditore a *tradere rem* si incontra con un'obbligazione, quella del compratore, a *dare rem*, pertanto esclusiva di un qualsiasi obbligo ad una prestazione alternativa. Per questo motivo possiamo avere una fattispecie innominata, derivante dal tessuto nominato dell'*emptio*, sia ove si modifichi l'oggetto della

prestazione in *dare* (per cui si sostituisce al *genus* dato dalla somma di denaro una *species* determinata), sia ove il venditore non si obblighi ad un *tradere*, ma a costituire immediatamente la proprietà della cosa nella sfera patrimoniale del compratore.

Le mutazioni di una delle prestazioni coinvolte nel regolamento modificano la struttura obbligatoria del contratto in modo tale da farlo rientrare o in un altro tipo nominato o nella tipologia innominata. La *locatio*, come abbiamo visto, dà luogo ad uno schema innominato ove le varianti della struttura obbligatoria intervengano *ex parte conductoris*, allorché questi si obblighi non ad una mercede espressa in denaro, ma nella corresponsione di una *certa species*. In questo caso il contratto non può concludersi con il semplice consenso, ma abbisogna dell'*interventus rei*. Se consideriamo le possibili modifiche *ex parte locatoris*, abbiamo ipotesi, sia nominate che innominate, non riconducibili allo schema funzionale del tipo della locazione: restando espressa l'obbligazione della controparte nel pagamento di una somma di denaro, avremmo una compravendita nel momento in cui alla *usus concessio* del bene sostituissimo la *traditio*, una *permutatio* se vi sostituissimo la *datio rei*.

Il modello di permutazione delle fattispecie tra tipologia nominata e innominata di contratto si centra quindi sul grado della circolazione di utilità che avviene fra le parti a seguito del contratto.

Una cifra interpretativa che non è consustanziale alla fenomenologia dei contratti per come consegnata dal testo romano, ma che deriva immediatamente dalla metodologia dei glossatori del secondo periodo e sulla loro scelta di fondare la comprensione del tipo contrattuale sui due strumenti dati dai *vestimenta* e dalla *certitudo*. Ogni fattispecie nominata viene difatti descritta nei termini della potenzialità di una determinata struttura obbligatoria a essere versata in una procedura genetica autoconclusiva. La *certitudo* costituisce la misura unitaria per saggiare le qualità del primo di questi due momenti in cui i glossatori percepiscono la fattispecie contrattuale. Essa viene delimitata tra i termini dell'*agere in id quod interest* — che identifica lo schema della *traditio*, ossia la traslazione materiale di un bene che costituisce al ricevente titolo per l'acquisizione della proprietà — e dell'azione di rivendica, che individua l'opposto schema della *datio*, ossia l'immediata costituzione del *dominium* nel patrimonio della parte.

Una *ratio* che, in virtù di una precisa scelta di metodo dei glossatori più tardi, viene usata per descrivere le singole prestazioni cui le parti si obbligano stringendo il contratto. Le fattispecie nominate non sono tali per essere caratterizzate da un grado maggiore o minore di *certitudo* rispetto a quelle innominate, ma per presentare una struttura obbligatoria, caratterizzata dalla presenza di prestazioni *certainae* o *incertainae* in un assetto determinato. Questo viene percepito dal giurista come un equilibrio fra le posizioni soggettive delle parti nel quale si rappresenta il momento di tipicità della fattispecie nominata che è pertanto abile a produrre azione fin dal momento della conclusione dell'accordo, prescindendo dalla necessità di avere un momento di legittimazione ulteriore, dato dall'inizio dell'esecuzione. In questi termini, il giurista medievale vede in taluni assetti di interessi fra due parti delle strutture che sono obbligatorie nel momento stesso in cui sorgono: al variare di una delle caratteristiche che ne fondano la tipicità, occorre la presenza di una *causa*, di una *datio vel factum*, perché il regolamento sia vincolante. La vicenda del mutuo mostra tutti i caratteri di questo processo, nel momento in cui ammette alla genesi unilaterale solo il *certum dare pro idem dare* e consente varianti esclusivamente bilaterali e legittimabili attraverso il *rei interventus*. Lo stesso fenomeno è osservabile sul piano di un altro patto che, al pari del mutuo, è *re vestitum*, ma che non trasferisce al ricevente la proprietà della cosa:

« Commodatum est alicuius rei ad aliquem specialem usum gratuita facta concessio. Ideo dico concessio et non translatio quia is qui commodat retinet dominium et possessionem ut ff. eodem l. rei commodate. Diciturque commodatum quasi commodo utentis datum quare autem dixerim gratis nam interveniente mercede vel specie transibit res in locationem vel in contractum innominatum do ut facias » ⁽¹⁰⁰⁾.

Nel comodato il contratto si conclude con il conferimento di una cosa in uso gratuito da una parte all'altra. La realtà e unilaterale di questa prestazione fonda l'obbligo per il ricevente di restituire l'identica cosa dopo averne fatto lo *specialem usum* per il

⁽¹⁰⁰⁾ AZONE, *Summa Codicis, de commodato* (fol. 125 col. 2).

quale essa era stata concessa ⁽¹⁰¹⁾. Ove sostituissimo alla concessione in uso il trasferimento, diretto o indiretto, della proprietà sulla cosa, la fattispecie si trasformerebbe in un'ipotesi nominata di mutuo o di donazione, a seconda che il ricevente abbia o meno l'obbligo di restituzione. Se invece imponessimo delle varianti agli obblighi del comodatario, avremmo perciò stesso una locazione o una sua derivazione innominata: in ogni caso ipotesi che possono essere costituite soltanto in via bilaterale. La fattispecie nominata di comodato è quindi costruita intorno ad un determinato grado di circolazione di utilità tra la parte che concede la cosa e quella che la riceve: ogni volta che si intende aumentare il tenore di tale circolazione, tanto *ex parte dantis* (prevedendo un compenso per la sua prestazione) che *ex parte recipientis* (consentendogli una situazione reale sulla cosa), il regolamento si porta verso altri tipi, appartenenti tanto all'ambito nominato che a quello innominato.

Se spostiamo l'analisi su un'altra fattispecie contrattuale, parimenti reale e unilaterale, ma che non realizza alcun trasferimento di utilità tra le parti, possiamo osservare una realtà estremamente diversa di derivazione dal tipo:

« Est autem depositum quod custodiendum alicui datum est id est traditum. Contrahitur nam re obligatio in deposito in institutiones quibus modis re contrahitur obligatio § pe. rei enim depositae sicut et commodate proprietatem retinemus quandoque tamen in deposito transfertur dominium in depositarium quod est contra notissimos terminos depositi et tamen depositi agitur. ut cum depono apud te quod est in pondere numero

(101) La finalizzazione del conferimento ad un uso determinato *ex ante* non rileva come elemento di tipizzazione del comodato rispetto alle altre fattispecie nominate come innominate. La sua assenza, difatti, individua il parallelo regime del *precarium* che è sottoposto alla medesima disciplina del comodato, ma nel quale il ricevente si obbliga, in dipendenza dalla aspecificità di destinazione del bene, a restituirlo *ad nutum* del concedente: « Ad aliquem usum imo dixi ut notarem differentiam inter commodatum et precarium. Precarium nam conceditur sine certi usus praesumptione unde quandoquaque revocari potest ». (AZONE, *Summa Codicis, de commodato*, fol. 125 col. 2). Si noti l'aspra critica verso un approccio estremamente diverso al problema della differenziazione dei due negozi: « Quidam tamen dixerunt tunc esse commodatum cum dicit commodum tunc esse precarium cum dicit precario concedo quod ridiculum est dicere. utpote cum verbis tamen non rebus lex imponeretur quod esse non debet... » (AZONE, ult. loc. cit.). Sul comodato si veda U. SANTARELLI, *Commodo Utentis Datum - Ricerche sul comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano 1972.

vel mensura et convenio ut vel idem reddatur mihi vel tantundem in eodem genere quod obtinet sive conveniam id expressum sive tacite videar convenire. ut cum praedicta depono non obsignata vel clausa... »⁽¹⁰²⁾.

Nella fattispecie nominata di deposito, la parte che trasferisce la detenzione del bene opera per un proprio interesse, non costituendo alcun vantaggio per il depositario. Eguali difatti il comodato ed il deposito quanto al trasferimento della *mera detentatio*, quest'ultimo pur si differenzia per l'assenza della concessione in uso del bene. Nel momento in cui il depositante trasferisce il pieno dominio della cosa, cosa che può avvenire solo nel caso in cui essa sia fungibile, viene a mutarsi corrispondentemente l'obbligazione del depositario, che non deve più restituire la medesima cosa ricevuta, bensì il *tantundem in eodem genere*. Una nuova ipotesi contrattuale che, significativamente, i glossatori non riportano né sulla fattispecie nominata di mutuo né sul terreno del modello innominato. Dal primo, questa ipotesi si distingue per il profilo della consumazione del bene concesso: come abbiamo visto, il mutuo richiede che la parte mutuataria usi effettivamente della cosa secondo la sua natura, elemento dal quale deriva l'obbligo di restituire un'eguale quantità del bene ricevuto⁽¹⁰³⁾. Il deposito irregolare si realizza invece con il semplice trasferimento della proprietà, prescindendo dall'elemento dell'effettiva consumazione del bene.

La costituzione del diritto rappresenta quindi in questa fattispecie un elemento che non realizza necessariamente, per la natura con cui viene considerato all'interno del regolamento, una traslazione di utilità tra le parti. L'ipotesi nominata di deposito è costruita sulla tradizione di una cosa che non assicura alcun vantaggio al ricevente: questo carattere permane nell'ipotesi derivata, che si distacca dalla prima quanto alla costituzione del *dominium* in capo al depositario, ma non muta per ciò stesso il tessuto obbligatorio del contratto. L'assenza di una circolazione di utilità come dato tipizzante il contratto nominato impedisce di poter avere una variante *innomi-*

⁽¹⁰²⁾ AZONE, *Summa Codicis, depositi* (pag. 142 col. 1).

⁽¹⁰³⁾ Dal che deriva che il mutuo possa intendersi non già eseguito, ma semplicemente non contratto ove il mutuatario restituisca la cosa ricevuta nella sua identità, senza averla consumata.

nata del medesimo, tale da poter essere vincolante tra le parti con il momento dell'*interventus rei*. Abbiamo avuto modo di verificare come i glossatori ammettano alla tutela dell'*actio praescriptis verbis* la fattispecie innominata del *facio ut des*, che ne sarebbe, a tenore del testo romano, radicalmente esclusa, sulla circostanza che il *facere* della parte che integra il contratto sia attributivo di una utilità per il ricevente.

Sulla base del medesimo ragionamento, le mutazioni del regime obbligatorio della fattispecie ordinaria di deposito non possono essere versate in una procedura genetica speculare che, perseguendo un assetto di interessi eguale a quello che costituisce il contenuto del contratto nominato, pure si perfezioni con l'inizio dell'esecuzione e possa quindi essere risolta dalla parte diligente sollevando il *defectus causae* dato dall'inadempimento dell'altra. Ciò comporta una risposta diversa da parte dei glossatori quanto alla tutela del deposito irregolare, che avverrà in via soddisfattoria attraverso l'azione che compete per la fattispecie ordinaria.

Il modello contrattuale nominato che non sia quindi costruito sull'elemento della circolazione di utilità fra le parti — anche in via esclusivamente unidirezionale, come nel mutuo — ritiene quindi all'interno della sua struttura ogni possibile variazione del tessuto obbligatorio. L'apparato di tutela della fattispecie nominata viene così a completarsi di strumenti propri della tipologia innominata:

« In contractibus autem nominatis non licet poenitere secundum regulam ut infra de actionibus et obligationibus lex sicut. praeter in mandato et societate et deposito [...] In deposito non tenetur deponens depositario ne revocet et idem in ista conditione quia is cui dedit non obligavit me vestiendo contractum ex parte sua addunt quidam et aliam causam que inducat hanc actionem scilicet mora quod non placet continetur nam sub prima immo eadem est et ideo non addo eam. Facit autem cessare hanc actionem effectus rei verius ut dictum est. Interpretativus autem puta si steterit per dantem quo minus fieret non impedit hanc actionem cum liceat poenitere danti ut dictum est » ⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum* (p. 114 col. 2-115 col. 1). Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984.

Nel deposito, sia esso regolare o irregolare, la parte che effettua la *traditio* della cosa ha sempre diritto di ripeterla per mezzo della *condictio causa data* ⁽¹⁰⁵⁾. Non essendo centrata sull'elemento della circolazione di utilità, difatti, al depositario non può essere riconosciuto il diritto a che la cosa permanga presso di sé per un determinato tempo (« *non tenetur deponens depositario ne revocet* »). Allo stesso modo, la mancanza della funzione traslativa comporta che solo la parte che ha dato la cosa oggetto del regolamento abbia provvisto il patto di una qualificazione, non già colui che l'ha ricevuta (« *quia is cui dedit non obligavit me vestiendo contractum ex parte sua* »). Il depositante, quindi, abbia costituito o meno la proprietà della cosa in capo al depositario, ha sempre la possibilità di risolvere il contratto, indipendentemente da un inadempimento della controparte, poiché il regolamento è predisposto esclusivamente a suo vantaggio.

5. Conclusioni.

La sintesi fra i due fondamentali momenti di analisi del contratto isolati dai *doctores* più moderni — i *vestimenta* come organizzazione dei momenti strutturali della fattispecie e la *certitudo*, razionalizzazione unitaria del profilo funzionale — conduce quindi ad individuare un modello unitario di attribuzione del tipo contrattuale. Di questo abbiamo appena visto la struttura, tutta centrata sul concetto di atto di disposizione e sulla sua capacità traslativa di utilità patrimonialmente apprezzabili. Una caratteristica che funge da presupposto di applicabilità del modello, per cui solo quelle fattispecie nominate in cui l'obbligazione di una o di entrambe le parti sia effettivamente idonea a costituire un accrescimento della sfera patrimoniale dell'altra possono, una volta che esse recepiscano

⁽¹⁰⁵⁾ Insieme al mandato e alla *societas*, entrambe fattispecie in cui non si realizza un trasferimento di utilità tra le parti. Nella *societas* il conferimento di ciascuna parte non è finalizzato a costituire un vantaggio per le altre, ma il mezzo per il raggiungimento di un fine comune. L'intrinseca gratuità del mandato comporta l'esperibilità della *condictio causa data causa non secuta*, per come sottolinea AZONE: « *quia non damnificatur dominus vel procurator* ». (AZONE, *Summa Codicis, de conditionibus ob causam datorum*, p. 114 col. 2).

un mutamento nella loro struttura obbligatoria, trasformarsi nella corrispondente fattispecie innominata.

Questa qualità specifica di tale schema tipologico viene teorizzata dalle ultime testimonianze dell'età della Glossa, alla ricerca di un criterio che consenta di verificare il grado che la mutazione del regolamento deve subire perché esso non possa più essere riguardato alla stregua di un determinato tipo nominato e debba quindi trasportarsi su un altro, determinato o meno nel medesimo ambito. Esso viene fornito dalla rilettura di un vecchio strumento, che abbiamo visto caratterizzare l'apparato di Rogerio: la distinzione dei patti accessori sul loro incidere la *substantia* o la *natura* del contratto cui aderiscono.

Nella costruzione rogeriana, l'accordo intervenuto tra le parti di un contratto che sia destinato a incidere sulla *substantia contractus*, è destinato o ad aggiungersi al regolamento precedente, modificandone la struttura, oppure a far decadere il precedente tessuto negoziale, sostituendolo con un'altra fattispecie. Il discrimine tra queste due ipotesi passa attraverso la dichiarazione delle parti; se queste nulla dicono in proposito varrà la presunzione per cui esse hanno inteso sottoscrivere un nuovo negozio. Ad essi sfugge la distinzione tra patti *incontinenti* e *ex intervallo* che caratterizza in generale il regime dei patti *adiecti*.

Questa dottrina, per come ci riporta Odofredo, sarà oggetto di revisioni successive ad opera di Alberico di Porta Ravennate e di Giovanni Bassiano ⁽¹⁰⁶⁾, i quali capovolgono la costruzione rogeriana, affermando che il patto che incide sulla *substantia* del contratto conduce alla novazione totale di quest'ultimo, a meno che le parti non abbiano convenuto in contrario ⁽¹⁰⁷⁾. Opinioni, quindi,

⁽¹⁰⁶⁾ ODOFREDO predilige la trattazione del primo: « Item dominus Ioannes scripsit eam in suis distinctionibus et incipiunt pactorum et cetera ut ille domini Alberici. sed longe maiores et meliores sunt ille domini Alberici quam ille domini Io. et durant per quasi decem quinternos, sed ille domini Io. non durant nisi per duos quinternos unde caveatis vobis quando emitis » (in l. *In bonae fidei C. de pactis* n. 11, fol. 64 v. col. 1). Dei dieci *quinterni* di ALBERICO rimane poco e precisamente l'*incipit* delle sue *distinctiones* contenute nella prima parte del Ms. Napoli Branc. IV D 4, fol. 5 ra. Si è preferito pertanto riportare la vivacità del dibattito con le parole dello stesso ODOFREDO.

⁽¹⁰⁷⁾ « Sed dominus Ioannes dixit oppositum et dixit quod primum pactum tollitur per posterius ipso iure: et ex solo ultimo potest agi: nisi actum esset in contrarium, ut

che procedono dalla stessa esigenza della precedente: verificare presuntivamente la volontà delle parti nel momento in cui modificano a posteriori un regolamento contrattuale fra essi intercorso ⁽¹⁰⁸⁾.

Il punto di svolta nell'analisi dei *pacta* attingenti la *substantia* del contratto si ha con Azone, che legge questa problematica alla luce della distinzione tra patti *incontinenti* e *ex intervallo*:

« Alia sunt incontinenti eo addito quod ubi incontinenti augetur vel minuitur precium fieri potest unam esse tantum venditionem quasi praesens precium ab initio fingatur conventum inter eos sicut et dicitur in legato id est in testamento relicto pure deinde in continenti relicto sub conditione. vel econverso sed si ex intervallo conditionaliter relinquatur quod primo fuerat pure relictum tollitur primum per posterius. » ⁽¹⁰⁹⁾.

In questo modo, egli sostituisce allo schema presuntivo che caratterizzava le dottrine precedenti una distinzione oggettiva, basata sul diverso grado di perfezione del regolamento contrattuale

remaneret primum: et tunc agitur ex primo secundum formam ultimi. ». ODOFREDO, *in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 11, (fol. 65 r. col. 1). ODOFREDO riporta la posizione del BASSIANO in opposizione a quella di MARTINO, non dissimile da quella dell'apparato rogeriano. Entrambe, difatti, non vedono nel patto *de substantia* un fatto che conduce necessariamente alla revocazione del contratto originario. Cfr. anche il commento di ODOFREDO *in l. Iurisgentium § adeo autem, ff. de pactis* (fol. 76 r. col. 2). Si apre così un dibattito insolubile: « Or signori si vos velitis dicere quod quattuor sunt leges, duae quae faciunt pro Martino: due pro Io. ut sciatis tenere opinio Martini quando oportuum erit dicatis, quod prius pactum non novatur per posterius et ex utroque potest agi nisi actum esset in contrarium. Ad legem quam facit pro domino Ioa. ita respondebitis: ubi pactum sit posterius de re augenda vel minuenda, vel de precio augendo, vel minuendo: non tollitur primum per posterius: nisi expresse hoc ageretur. et sic loquuntur leges allegatae pro opinione domini Martini. Et pro ista opinione est argumentum quod olim non fiebat novatio nisi ageretur tacite, vel expresse, ut ff. de novationibus l. omnes sed hodie fecimus quod non sit novatio nisi hoc expresse agatur ut infra de novationibus l. ultima » (*in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 11).

⁽¹⁰⁸⁾ Così continua ODOFREDO: « sed si vos velitis tenere opinionem domini Io. dicetis ita ubi fit pactum super re augenda, vel minuenda: vel de precio augendo, vel minuendo: tollitur primum per posterius: nisi nominatim ageretur quod primum pactum non tolleretur: quia dicit ita nescio si servabis ultimum pactum et non volo recedere a primo, nisi serves ultimum pactum » (*in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 11).

⁽¹⁰⁹⁾ AZONE, *Summa Codicis, de pactis inter emptorem et venditorem compositis* (p. 163 col. 1).

integrato dall'accordo successivo ⁽¹¹⁰⁾. Se quest'ultimo viene aggiunto immediatamente dopo la conclusione del negozio principale, esso viene considerato, in accordo alla dottrina della *cobaerentia contractus*, come parte integrante di questo. Ove al contrario il patto intervenga *ex intervallo*, il suo incidere la *substantia* del contratto precedente comporta la sua totale novazione ⁽¹¹¹⁾.

Nelle dottrine precedenti, quindi, uno stesso atto — il *pactum de substantia* — poteva produrre la revoca del contratto e la sua radicale sostituzione con un nuovo regolamento oppure la semplice integrazione della sua disciplina: il discrimine tra queste due ipotesi ricadeva comunque su quanto effettivamente voluto dalle parti, un fatto da provare in concreto e che gli apparati di Rogerio e Giovanni si sforzano di riportare sul terreno della presunzione. La concezione di Azone procede al contrario dalla misura dell'incompatibilità relativa fra due dichiarazioni rese dalle medesime parti. Nel caso in cui la contraddizione fra le due discipline negoziali avviene *incontinenti*, la seconda integrerà la prima; nell'ipotesi in cui tale contrasto avvenga *ex intervallo*, il regolamento posteriore si sostituirà integralmente a quello anteriore.

Questa definizione dei termini della novazione totale del contratto conduce — ed è allo stesso tempo determinata — da una nuova nozione di *substantia*, individuata in modo da tenersi nettamente distinta rispetto al complementare concetto di *natura* ⁽¹¹²⁾. In

⁽¹¹⁰⁾ Conforme nel segnalare i termini di evoluzione in senso oggettivo della problematica dei *substantialia* P. VACCARI, « *Pactum vestitur contractus cobaerentia* », cit. p. 220, che attribuisce tuttavia il punto di svolta all'opera di ACCURSIO.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. anche la *Lectura Codicis*, meno perspicua: « sed alii appellaverunt de natura contractus quae sunt de substantia. sunt autem substantialia ut de augendo vel diminuendo praedio, et quandocumque fiat per novam actionem aut veterem secundum Io. sublatam, nisi in contractum (*recte: contrarium*) agatur ut ff. de contrahenda emptione l. pacta et de rescindenda venditione l. secunda. dominus meus distinguit inter incontinenti an ex intervallo fiat pactum primo casu per secundam conventionem non receditur a prima, cum fingatur numquam fuisse in secunda, argumenta ff. de conditionibus et demonstrationibus nam ad ea. alii dicunt veterem manere, et secundam ei accedere, nisi aliud agatur, argumenta ff. eodem iurisgentium § adeo et § per pactum ». (*in l. In omnibus bonae fidei*, cit., n. 75, fol. 69 r.). Cfr. U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit.

⁽¹¹²⁾ Una confusione puntualmente testimoniata da AZONE: « Et ea quae diximus de substantia contractus esse vocant quidam pacta de natura vel naturalia et est pro eis

accordo al modello di attribuzione del tipo contrattuale determinato dai due strumenti paralleli dei *vestimenta* e della *certitudo*, la *substantia* si identifica nel contenuto dispositivo del contratto, per come ci dimostra la definizione dei patti che attingono la *natura* della disciplina negoziale:

« Naturalia vero pacta que adiciunt contractui puta ut detur fideiussor de evictione vel agatur de evictione in triplum dicuntur non inesse contractui eo quod non proficiunt ad agendum ei cui facta sunt nam ad excipiendum ei non possunt proficere quia alius nihil petit ab eo sed eum debet agere »⁽¹¹³⁾.

I *pacta naturalia* sono tali, nella concezione azoniana, perché essi non possono modificare il titolo da cui sorge la tutela dei diversi profili obbligatori del contratto principale. Il patto con cui le parti di una compravendita convengono un regime particolare per la garanzia per l'evizione spettante al venditore — esempio di *pactum de natura* costantemente adoperato da tutti gli apparati — non è in grado di modificare il contenuto obbligatorio tipico dell'*actio empti*, individuato nella tradizione della cosa o, in alternativa, nella prestazione equivalente commisurata *in id quod interest*. Esso trasforma la disciplina di un'obbligo, quale la garanzia per l'evizione, che viene tutelato dalla medesima *actio empti* nella sua struttura di rimedio basato sulla *bona fides*, ma proprio per questo accessorio al conseguimento della prestazione principale, l'atto di disposizione sul quale si centra il regolamento contrattuale⁽¹¹⁴⁾.

argumentum a contrario sensu ut ff. de pactis l. iuris. § idem sensum sed pro nobis est argumentum ff. de contrahenda emptione l. pacta § sed an idem sed nos dicimus pactum esse de natura quod sit super eo quod est naturalis contractus, ut de evictione prestanda certo modo vel nullo modo ». (*Summa Codicis, de pactis inter emptorem et venditorem compositis*, p. 163 col. 1). Negli stessi termini si esprime la GLOSSA « *nova emptio* » in *l. Pacta conventa ff. de contrahenda emptione et venditione*.

⁽¹¹³⁾ *Summa Codicis, de pactis inter emptorem et venditorem compositis* (p. 163 col. 1).

⁽¹¹⁴⁾ La garanzia per l'evizione non può essere chiesta in giudizio in forma autonoma altro che nel caso che la prestazione principale del venditore non sia stata già adempiuta. Immesso nel possesso del bene acquistato, il compratore potrà agire in evizione una volta che un terzo rivendichi da lui il bene affermando che la proprietà di questo non è mai stata del venditore. Se tale rivendica avviene anteriormente al

Soltanto quest'ultimo può costituire il carattere di tipizzazione di un modello contrattuale rispetto agli altri possibili, la materia per cui un contratto esiste e si distingue rispetto agli altri, l'elemento senza il quale « *contractus non dicit esse* »⁽¹¹⁵⁾. Su questo momento discretivo viene ridefinita la disciplina della tripartizione rogeriana tra patti *de substantia*, *de natura* e *extra naturam*:

« Pacta quae sunt de substantia, quodcumque fiunt, pariunt novam actionem: veteri (dicit Io.) sublata, nisi in contrarium agatur...Ego distinguo, utrum incontinenti: ut tunc non tollat, aut ex intervallo fiat pactum: ut tunc tollat...Alii dicunt veterem manere et secundam ei accedere, nisi aliud agatur...Pacta vero quae de accidentalibus fiunt, vel de naturalibus: si quidem ex intervallo, nullam pariunt actionem, sed exceptionem...Si autem incontinenti novam praescriptis verbis actionem pariunt [...] et veterem informant, si quam reperiant informandam »⁽¹¹⁶⁾.

I patti che siano stretti fra le medesime parti di un precedente contratto per attingere l'atto di disposizione che caratterizza tipicamente questo regolamento producono sempre una nuova azione. Essi sono difatti capaci di coinvolgere la *substantia* del contratto poiché ne replicano i minimi requisiti strutturali, descrivendone in modo diverso le caratteristiche funzionali. L'immediata successione di questi due accordi fa sì che il secondo possa integrarsi nel primo, modificandone il nucleo; ove al contrario la seconda dichiarazione venga effettuata dopo un certo lasso di tempo, la nuova azione da questa prodotta farà decadere la precedente, sostituendovisi. In

trasferimento della cosa da parte del venditore e questi venga costretto giudizialmente a restituirla al terzo, il compratore esperirà l'*actio empti* per l'*interesse*, e quindi per perseguire l'inadempimento dell'obbligazione principale, che il venditore non può scusare per il fatto dell'azione del terzo.

⁽¹¹⁵⁾ Secondo l'efficace espressione di ODOFREDO: « Pacta substantia sunt, sine quibus contractus non dicit esse sed deficit sicut est in emptione et venditione ut in eis est res et precium, quia sine his non potest esse emptio et venditio ut ff. de contrahenda emptione et venditione lex prima et lex nec emptio et quod res et precium sint de substantia contractus probatur ff. de contrahenda emptione et venditione lex prima. Simile est in locatione et conductione sunt res et merces quia sine his non potest esse locatio et conductio ut ff. locati et conduc. lex prima et ff. de communi dividundo lex si conferunt in fine ». (*in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 7, fol. 64 v. col. 2).

⁽¹¹⁶⁾ GLOSSA « *nova emptio* » in *l. Pacta conventa ff. de contrahenda emptione et venditione*.

questo senso, se le parti di una compravendita intendono accrescere o diminuire il prezzo o individuare una diversa *res* ad oggetto del negozio, questo nuovo accordo verrà considerato, a seconda se compiuto *incontinenti* o *ex intervallo*, una modifica del primo regolamento oppure un contratto totalmente nuovo, appartenente allo stesso tipo del precedente ⁽¹¹⁷⁾. Ove il nuovo regolamento, all'opposto, si definisca in termini funzionali qualitativamente diversi dal precedente si avrà, come abbiamo visto, un nuovo negozio, appartenente ad un tipo diverso. Così nell'ipotesi in cui le parti di una compravendita convengano a posteriori che la parte acquirente non corrisponda il prezzo *in genere*, ossia in una somma di denaro, ma trasferisca la proprietà di una *species* a fronte di quella ricevuta: in questa evenienza il negozio originario viene a decadere perché il nuovo appartiene ad una diversa tipologia.

Nel diverso caso in cui le parti convengano che il venditore sia liberato della garanzia per l'evizione, esse costituiscono un accordo che non replica i minimi termini di tipizzazione funzionale del contratto originario, ma che intende alterare solo una disciplina che consegue dall'iscrizione del regolamento in un tipo determinato. Tale accordo incide quindi non sulla *substantia* del contratto, ma sulla sua *natura*: esso, se stipulato *incontinenti*, modificherà il regime del contratto principale su quel profilo e sarà ulteriormente tutelabile in via autonoma con l'*actio praescriptis verbis* ⁽¹¹⁸⁾. Ove inter-

⁽¹¹⁷⁾ Una distinzione di cui non è certo difficile tracciare la rilevanza pratica. Basti pensare all'ipotesi in cui il contratto originario di compravendita prevede, ad esempio, un termine per il pagamento del prezzo. Il patto con cui le parti si accordano *incontinenti* per accrescere esclusivamente l'importo della vendita costituisce solo un'integrazione del contratto principale e non potrà revocare o modificare il termine. Opposto il caso del patto che, con identico contenuto, giunga *ex intervallo*: in questa ipotesi siamo di fronte a un nuovo contratto che si sostituisce al precedente. Se le parti non hanno disposto in materia, il termine si intenderà revocato.

⁽¹¹⁸⁾ ODOFREDO prende così posizione sulla distinzione tra *substantia* e *natura contractus*: « Scio tamen quod quidam clamando et errando dixerunt quod de substantia contractus est evictio: sed naturalia contractus sunt res et precium et pro isto eorum errore facit ff. eodem l. iurisdictionum § adeo in illo versiculo idem scio. Sed certe ipsi male dixerunt: quia haec esse emptio et venditio sine evictione ut si actum est inter contrahentes ut prestetur evictio ut ff. de actionibus empti et venditi l. ex empto. in fine... Et est ratio: quia contractus ex conventionem legem accipiunt ut ff. depositi lex prima § si convenerit. ergo sequitur quod evictio non est de substantia: nec obstat § idem

venga dopo un certo tempo dalla conclusione del negozio principale, produrrà alla parte nel cui interesse è posto solo un'eccezione con la quale impedire in giudizio la pretesa avversaria.

Uguale regime varrà per gli accordi che disciplinano aspetti estranei tanto alla *substantia* che alla *natura* del contratto. Il patto con cui le parti di una compravendita convengono *incontinenti* che una di esse si impegna ad una prestazione ulteriore rispetto a quella che forma oggetto del negozio principale sarà tutelabile mediante l'azione tipicamente derivante da questo alla parte nel cui interesse è stato disposto l'obbligo suppletivo. Se il venditore si impegna così a *scribere codicem*, il compratore potrà chiedere in giudizio questa prestazione marginale rispetto al vero oggetto della compravendita mediante l'*actio empti*, oppure con l'*actio praescriptis verbis* autonomamente risultante dal patto aggiunto ⁽¹¹⁹⁾.

scio. quia quod ibi dicit. si pactum appositum est extra naturam contractus exponitur id est extra substantiam contractus: quia ubi apponitur extra substantiam contractus: non parit actionem sed exceptionem ut ff. eo. l. iurisgentium § adeo. dic ergo quod sit pactum super substantialibus contractus: cum sit super re augenda vel minuenda vel precio augendo vel minuendo vel cum sit ut recedatur in totum ». (*in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 9, fol. 64 v. col. 2).

⁽¹¹⁹⁾ Nel primo caso, l'attore porta in giudizio il contratto nella sua interezza, esponendosi alle eccezioni che potrebbero giungere dalla parte avversaria concernenti la esistenza e validità del titolo. Nel secondo, egli deduce solo la singolarità del patto accessorio, dovendo però fornire la prova di avervi dato *causa*, con il pieno adempimento dell'obbligazione a lui risultante dal contratto originale.

CAPITOLO VII

LA CRISI DI UN SISTEMA FRAGILE E DUREVOLE

1. Un'aporia fondamentale: la vacuità strutturale del *pactum nudum*. — 1.1. Un problema al vaglio di due esperienze diverse. — 1.2. L'impossibile configurazione di un accordo privo di qualificazione. — 1.3. La risposta degli Ultramontani. — 2. La critica al novero dei vestimenta fra visione strutturale e concezione funzionale. — 2.1. La concezione strutturale dei vestimenta. — 2.2. La concezione funzionale. — 3. Il punto di evoluzione della sistematica nei *doctores Ultramontani*. *Species contractus*. — 3.1. La critica all'*auxilium legis* e la nozione di *species contractus*. — 3.2. La centralità del nuovo strumento nell'edificazione della tipologia contrattuale. — 4. La tipologia degli Ultramontani. — 4.1. La valenza del concetto di *species contractus*. — 4.2. Il *rei interventus* come unico *vestimentum* possibile. Il rifiuto della *cohaerentia contractus*. — 4.3. La consolidazione della visione funzionale in Pierre de Belleperche e Cino da Pistoia. Differenze con la dottrina del Révigny.

1. *Un'aporia fondamentale: la vacuità strutturale del pactum nudum.*

1.1. *Un problema al vaglio di due esperienze diverse.*

Il sistema dei tardi glossatori ci appare pertanto come una razionalizzazione tipologica delle fattispecie contrattuali romane, ottenuta ricorrendo ai due concetti di *pactum* e di *vestimentum*. Una organizzazione di concetti che realizza un raffinato quanto precario equilibrio fra più istanze contrapposte. Abbiamo notato difatti come l'*auctoritas* del testo indichi da un lato la centralità del concetto di *pactum*, in cui si inverano profondamente i valori della cultura medievale e, dall'altro, la medesima *auctoritas* centri tutti i profili concernenti l'azionabilità sul momento di qualificazione, restituito in forma astratta nell'edificazione dei *vestimenta*.

Questa aporia congenita del sistema emerge sotto molti profili. Innanzitutto sulla nozione di *nudum pactum*, di cui abbiamo esaminato i tentativi di definizione tecnica dei glossatori, i quali proce-

dono dalla configurazione delle fattispecie azionabili per isolare in negativo quella struttura che dovrebbe essere la base della loro costruzione. Un primo momento di contraddizione intrinseca che diviene momento di crisi del sistema, attraverso l'unanime critica dei giuristi successivi, tanto di autori della stregua di Jacopo Baldovini e Odofredo, ancora pienamente legati alla metodologia dei glossatori, che giuristi come Guillaume de Cune, Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche, cui la storiografia ha sempre attribuito un radicale superamento dei criteri esegetici che hanno costituito la cifra rappresentativa dei primi maestri del diritto comune.

La contrapposizione netta tra le metodologie dei glossatori e quella dei *doctores Ultramontani* è una cifra interpretativa usuale, la cui nettezza non appare tuttavia scevra di forzature. Dietro la pretesa rivoluzione metodologica si cela un panorama complesso, fatto di notevoli spazi di continuità dogmatica e di influssi reciproci.

La materia dei *pacta* è un terreno particolarmente indicato per cogliere continuità e differenze tra questi due ambiti sapienziali, di cui si è sempre sottolineato il divario. Possiamo agevolmente notare, difatti, come la sostanza dei rilievi sollevati sul punto della non configurabilità strutturale del nudo patto sia fatta propria tanto da giuristi pienamente portatori del nuovo sapere, come Cino da Pistoia, tanto a quelli che non riescono a distaccarsi pienamente dalla metodologia della glossa, come Odofredo. Tutti gli autori post-accursiani avranno modo di sottolineare le intime contraddizioni del sistema azoniano dei *vestimenta*; la diversità tra queste figure sarà rilevabile nella differenza di accenti con cui essi si confrontano con le antinomie dell'architettura, ma sarebbe arduo ricostruire il susseguirsi di opinioni sulla base esclusiva di un netto mutamento nei metodi di analisi giuridica, trascurando le linee di sviluppo connaturate al sistema in quanto tale.

Possiamo avere una prima dimostrazione di questo stato di cose analizzando il primo punto su cui si esercita la critica degli Ultramontani. Esso concerne il tentativo di isolare il patto nudo a partire dall'assenza della *rei traditio*:

« Queritur ergo primum quid sit pactum nudum. Uno modo dicitur nudum pactum omne pactum ex quo non est processum ad traditionem et dicitur nudum a traditione ut infra eodem l. traditionibus sic non accipimus

pactum nudum. Non enim diceremus stipulationem pactum nudum licet sit nulla facta traditio... » (1).

Il giurista francese aggredisce direttamente il problema di fondo: l'impossibilità di una nozione consimile di patto nudo di porsi come nozione generale, suscettibile di essere base dell'intero novero dei patti vestiti (2). L'opposizione di Jacques de Révigny, nel passo appena citato, nasce dal fatto che il patto nudo, isolato a partire dall'assenza della *traditio rei* non potrebbe attagliarsi alla realtà strutturale di fattispecie come la *stipulatio*, che non abbisogna di questo carattere per perfezionarsi ma che non può, per questo, essere definita alla stregua di un semplice accordo privo di sanzione. Questo primo esempio ci fa subito notare come la critica degli Ultramontani non parta dalla posizione di diversi principi ricostruttivi; al contrario, essa si presenta come un'operazione endosistemica, condotta accettando i presupposti della costruzione, per criticarne le contraddizioni interne. Una concettualizzazione che consente di portare alla luce i limiti della costruzione dei glossatori, spingendo il sistema al limite delle sue possibilità di generalizzazione, ma che non intende smentirne la sostanza di rappresentazione tipologica delle fattispecie.

L'attacco all'*opinio glossae* si ritrova negli stessi termini nell'apparato di Odofredo:

« Sed quaero quid dicitur nudum pactum? Certe in una significatione dicitur nudum pactum quod non habet rei traditionem annexam, ut infra eodem l. traditionibus et ff. de actionibus et obligationibus in principio et in ista significatione non sumitur in lege nostra. » (3).

(1) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis, in l. Legem, C. de pactis* (fol. 55 r. col. 2) r.a. Bologna, 1967.

(2) Provvido di altri strumenti rispetto ai glossatori, il nuovo giurista pone i propri quesiti in modo da aggredire direttamente la nozione guida del sistema, accertarne la configurabilità in termini generali e verificarla sulla possibilità di individuarne degli esempi concreti: « Sed queritur pro evidentia huius materie primo de pactis nudis. Quid sit pactum nudum. Secundo subiicere rem exemplis. Tertio utrum iste instantiae habent veritatem quod in aliquo casu potest agi ex pacto. Quarto si sic quod actio intentetur ex nudo pacto. » JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.

(3) ODOFREDO, *in l. Legem quam dixisti, C. de pactis*, n. 4.

Anche il *doctor iuris* concordemente accettato da tutta la storiografia come il definitivo epigono dell'esperienza dei glossatori rifiuta questa contestualizzazione del patto nudo secondo linee interne allo stesso sistema dei *vestimenta*. Una volta individuata a partire dalla *traditio*, difatti, la nozione di nudo patto non inquadra il vero problema dogmatico: il ruolo del semplice consenso all'interno del sistema. La nudità del patto, se intesa a partire dal contesto della *l. Traditionibus*, individua una caratteristica che non attiene al profilo strutturale del contratto, e resta quindi fuori dal problema che anima le *questiones* che qui ci interessano (4). D'altro canto, recepire questa accezione di patto nudo in termini strutturali significa isolare la minima sostanza giuridica dell'accordo deducendola esclusivamente dalla realtà del contratto innominato, unica fattispecie nella quale la *traditio* rientra tra gli elementi costitutivi.

Operazione di nessuna difficoltà, dal momento che in queste ultime fattispecie il momento genetico del consenso è sempre distinguibile dal momento successivo della qualificazione, che opera sempre *ex nunc*, e solo a favore della parte che ha dato inizio all'esecuzione del contratto. Odofredo vede nel tentativo di ipotizzare la *nuditas* del patto nel suo essere sprovvisto dell'elemento della *traditio* un tentativo ultroneo rispetto all'esigenza dogmatica che si riconnette all'autonomia concettuale del patto nudo: verificare la minima sostanza giuridica dell'accordo, anteriore ad ogni qualificazione. L'assenza della *traditio*, nella visione di questi giuristi, può connotare talune ipotesi di patto nudo, ma non tutte. Segnatamente, essa risulta inidonea a qualificare quei modelli contrattuali in cui la fattispecie procedimentale di conclusione del consenso si caratterizza intrinsecamente nel *vestmentum*. Concordemente alle sue cifre

(4) La GLOSSA « *non nudis* », esaminata sopra, definisce esplicitamente come *nudi* anche patti pienamente provvisti di un *vestmentum* e che sono comunque orientati ad una *rei traditio*. In questo significato improprio di patto nudo si possono inquadrare dei significati che non riguardano il momento genetico del contratto, ma quello funzionale. In tal senso la *stipulatio* con cui un soggetto promette all'altro la corresponsione di una somma è un patto vestito che importa un'obbligazione corrispondente. A questo momento, tuttavia, il creditore ha ancora la scelta tra adempiere e non adempiere. In questa accezione il patto, pur vestito dal punto di vista strutturale è nudo della caratteristica funzionale dell'irrevocabilità della prestazione eseguita. Tale significato di patto nudo, tuttavia, è assolutamente recessivo nell'analisi dei glossatori.

primarie di edificazione, il punto su cui verificare la tenuta del sistema risiede, difatti, nella possibilità di distinguere in tutte le fattispecie la struttura genetica del consenso dalla struttura della qualificazione.

Sotto questo profilo si inquadra il secondo spazio di critica che gli Ultramontani esercitano sulle dottrine dei giuristi precedenti. Nel tentativo di differenziare il momento della volontà da quello della qualificazione in quelle fattispecie in cui essi si identificano nel momento di conclusione dell'accordo, i glossatori si rifugiavano, come abbiamo visto, nello schema del contratto viziato. Il patto nudo è, in questa contestualizzazione, l'accordo valido, perché contratto in buona fede fra due parti, ma privo del *vestmentum*, poiché questo si realizza in modo difettoso. Gli Ultramontani criticano fortemente questa argomentazione:

« Quid est ergo nudum pactum. Martinus erravit. Dicit Martinus nudum pactum est quod est inefficax ad agendum et glo. istam approbatur § sed cum nulla. Istud non est verum. do tibi decem ut hominem interficiat. Istud est inefficax ad agendum et tamen non dicitur nudum... »⁽⁵⁾.

Gli Ultramontani inverano il senso profondo dell'architettura dei *vestimenta*, di razionalizzazione tipologica dei momenti di qualificazione, tenendo estremamente distinti i dati relativi alla struttura della fattispecie astratta dalle peculiarità che possono coinvolgere esclusivamente le fattispecie concrete. Il contratto qui preso in considerazione è tipicamente un patto vestito dell'*interventus rei* costituito dalla prestazione già effettuata da una delle parti.

La non azionabilità dell'accordo deriva pianamente dalla illiceità della prestazione, ma questa non può tradursi nell'inesistenza

(5) PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura super Codicem*, Ms. Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana, Plut. 6 sin. 6, in *l. Legem, C. de pactis*. (fol. 83 vb). L'attribuzione a MARTINO di questa tesi si ritrova sempre nelle opere dei giuristi francesi, che la criticano, ma non nella GLOSSA, che vi aderisce. L'argomentazione del BELLEPERCHE è fatta propria da CINO DA PISTOIA: « ...dixit Martinus, nudum est illud pactum, quod est inefficax ad agendum, et hoc videtur glossa probare in § sed cum nulla. Ubi dicit quod Martinus non potest salvarì, quando quis putabat se teneri et c. Ista non est bona sententia: do tibi, ut hominem interficias. istud est inefficax ad agendum et tamen non dicitur nudum... » (*Commentaria super Codicem, de pactis*, in *l. Legem*, n. 7 r.a. Torino, 1964).

della struttura di qualificazione, che rimane per definizione abile a produrre effetti. Considerata in astratto, l'azionabilità è una caratteristica che può riferirsi esclusivamente al momento della qualificazione; la sua esclusione in concreto per l'insorgenza di vizi non è una circostanza tale da potersi riflettere su quel piano. L'attenzione dei giuristi, nel momento in cui si pongono il problema del patto nudo, è tutta concentrata sul profilo della qualificazione della fattispecie astratta:

« Pactum nudum secundum Mar. est illud quod est inutile ad agendum. Unde secundum hoc venditio conditionalis esset pactum nudum quia ex ea non potest agi ante et sic secundum Mar. esset pactum nudum »⁽⁶⁾.

La nozione di nudo patto centrata sull'inutilità a produrre azione si identificava pienamente, nella visione dei glossatori, con l'ipotesi del contratto viziato, poiché essi guardano al contratto come a una fattispecie organica. I giuristi francesi, tenendo radicalmente distinto il problema della qualificazione da quello della validità dell'accordo, spezzano questa identificazione, mostrando tutta l'incongruenza di un concetto di nudo patto isolato per questo tramite con il sistema complessivo. Accettando la tesi dell'inutilità all'azione si dovrebbe ammettere, come afferma Jacques de Révigny nel passo sopra riportato, che una compravendita ritualmente formata debba essere riguardata alla stregua di un nudo patto perché non è in grado di produrre azione sin dal momento della sua conclusione, stante la presenza di una condizione sospensiva. In un caso simile, difatti, il patto è provvisto di un *vestmentum* idoneo, ma non può produrre azione prima che si realizzi l'avvenimento futuro e incerto cui è legato: una situazione che significativamente i giuristi francesi apparentano a quella del patto vestito ma sottoposto alla causa di caducazione data dall'invalidità.

La centralità della struttura di qualificazione fonda quindi la nozione di patto nudo che gli Ultramontani pongono in via antagonista ai tentativi dei Glossatori:

« Alibi nos dicimus. pactum nudum non pactum inutile ad agendum:

(6) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

ideo pactum nudum est quod solo consensu paciscentium nititur et in nullo alio iuris adminiculo sustentatur. verbi gratia stipulatio ultra consensum habet verborum solemnitate: sic litterarum obligatio ultra consensum habet solemnitate litterarum illud videlicet quod ultra consensum non habet solemnitate aliquam: illud est nudum pactum » (7).

Il giurista non foggia una nuova definizione di patto nudo, partendo da un diverso insieme di significati, ma riporta la nozione dei glossatori alla sua integrità di principio, per misurare la congruenza del sistema complessivo (8). Il nudo patto deve pertanto configurarsi come fenomeno giuridico anteriormente al manifestarsi di un qualsiasi momento di qualificazione, di qualsiasi *sollemnitas*, termine che vale qui a indicare la generica presenza del *vestmentum*. Con questa operazione concettuale, ben lungi dal rappresentare una rivoluzione sistematica, il problema della qualificazione viene riportato alle sue radici proprie. Questa definizione positiva di nudo patto viene partecipata anche agli apparati di Odofredo (9) e di Cino da Pistoia (10), presso i quali produrrà esiti diversi.

1.2. *L'impossibile configurazione di un accordo privo di qualificazione.*

La questione fondamentale per tutti questi autori risiede nella

(7) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.: « sic diceremus quod stipulatio inutilis quia promittitur turpe non esset pactum nudum immo vestitum ».

(8) Un'operazione i cui prodromi si ritrovano in GUILLAUME DE CUNH: « glossa quaerit quid est pactum nudum et quidam dicunt quando aliquis promittit sine interrogatione et glossa reprehendit istos scilicet ipsi bene dicunt quod pactum nudum est quando unus promittit sine interrogatione et alter consentit. doctores dicunt quod pactum nudum est quasi nuda conventio paciscentium (...) nec iuris aliquo adminiculo confirmatur. sed nos aliter possumus. dite pactum nudum est duorum consensus ut differat a pollicitatione in qua est solius offerentis promissio ». (*Lectura super Digesto veteri*, in *l. Iurisgentium § sed cum nulla*, Wien ÖNB 2257, fol. 49 vb).

(9) ODOFREDO, in *l. Legem quam dixisti, C. de pactis*, cit.: « In secunda significatione dicitur nudum pactum quod caret iuris sollemnitate, ut ff. de negotiis gestis l. Pomponius et ita sumitur hic: ut dicatur pactum nudum frigidum: illud quod sustentatur nuda voluntate contrahentium et caret iure sollemnitate ».

(10) CINO DA PISTOIA, in *l. Legem quam dixisti, C. de pactis*: « Et ideo dicunt alii, nudum pactum est, quod solo consensu nititur, et non vestitur aliquo vestimento: nec re, nec verbis, nec literis, nec consensu veste elegantī, sic intelligitur § sed cum nulla ».

configurabilità in concreto di un siffatto modello di nudo patto, ricavato concordemente alle linee del sistema cui pure ha dato vita e dal quale è stato necessariamente svuotato di contenuto.

La possibilità di reperirne esempi validi, procedendo da tale definizione è difatti assai dubbia:

« ...ostendo quod impossibile sit dare exemplum de pacto nudo, quia pactum consensu contrahitur, aut enim exprimetur verbis et tunc est stipulatio aut nutu et tunc ipso iure nulla oritur obligatio... » (11).

L'indissolubilità del vincolo fra volontà e dichiarazione rende impossibile riconoscere una seppur minima individualità nel consenso, prima che intervenga un qualsiasi momento di qualificazione. Si stringe così il paradosso logico di un sistema edificato su di una diarchia semplice da esprimere, quanto monca di significati in uno dei suoi termini necessari. Un quadro che viene esplicitato anche da Odofredo:

« Sed videtur quod nullum exemplum possit inveniri quod pactum sit nudum: quia aut ego et tu sumus in absentia, aut in praesentia: si in praesentia, et tu promittis mihi aliquid dare quo casu est stipulatio: ut ff. de v. obli. l. prima et l. stipulationum § si stipulatio. si autem sumus in absentia: et tu promittis per nuncium vel epistolam, obligaris, ut ff. eodem lege Labeo et tunc dicitur pactum vestitum consensu, ut ff. de actionibus et obligationibus l. ex consensu et l. consensu. » (12).

L'ipotesi di un patto che, rappresentando compiutamente la volontà dei contraenti, sia tuttavia privo della *iuris sollemnitas* non può perfezionarsi in una fattispecie concreta (13). Ove difatti la *sponsio* e la *repromissio* avvengano direttamente tra soggetti presenti

(11) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

(12) ODOFREDO, in *l. Legem quam dixisti, C. de pactis*, cit.

(13) Valga il monito apposto dallo stesso ODOFREDO a margine della sua riflessione: « Quare dixerunt quidam quod haec subtilitas iure est quam magis potest intellectu percipi quam locutione exprimi ». Parole che esprimono bene il disagio del giurista che, se astrattamente può ben aver chiara la distinzione di due momenti strutturali della fattispecie, l'uno dato dal consenso delle parti, l'altro dato dalla forma in cui questo si realizza e manifesta, pure non può calarlo nell'insieme di concetti evincibili dal testo romano o deducibili dalla propria sistematica.

nello stesso luogo, si ha una *stipulatio*, ossia il pieno inverarsi dello schema del patto vestito *verbis*. Nel tentativo di isolare il patto nudo, il giurista cerca di privare di linearità questo procedimento e ipotizza il caso di una promessa fatta *in absentia*. Un caso che, però, conduce non al patto nudo, ma ad una diversa ipotesi di contratto pienamente azionabile sulla scorta di un diverso *vestmentum*: il consenso.

Odofredo, difatti, porta alle estreme conseguenze il concetto dell'indissolubilità tra momento dell'accordo e momento della qualificazione, destituendo di ogni significato sistematico i tentativi della *Glossa* di conferire una qualche autonomia alla nozione. L'alternativa è netta, per questo autore: o un accordo integra gli estremi di un patto vestito ed è quindi provvisto di azione, oppure non produce alcun effetto. Una situazione per la quale il semplice consenso è raffigurabile in via di pura concettualizzazione logica, ma non dal punto di vista dell'ordinamento, verso il quale resta fenomeno totalmente indifferente e, quindi, inesistente. Su questa base egli rifiuta la possibilità di concedere una minima giuridicità al prodotto di una *stipulatio* invalida, come sostenuto dalla *Glossa*:

« Vel da exemplum aliter cum dico, promittis mihi dare decem, tu respondes non incontinenti, sed ex intervallo: stipulatio est inutilis, ut ff. de verborum obligationibus lex prima in principio et lex Continuus nam inutilis stipulatio continet in se nudum pactum... »⁽¹⁴⁾.

In questo caso il patto nudo può essere isolato sotto un profilo genetico, ma senza che a tale concetto possa riconnettersi una qualsiasi rilevanza funzionale. Il prodotto di questa sorta di stipulazione dimidiata, infatti, non è riconosciuto come obbligo a contrarre nella forma pienamente dotata di sanzione, non costituisce alcun vincolo obbligatorio, né vale ad impedirne o eliderne uno precedente fra le medesime parti. Una cosa è dunque riuscire a tenere distinti il consenso dalla *iuris sollemnitatis*, con un'operazione condotta *ex post*, di pregno carattere ricostruttivo; altra cosa è riconnettere al puro fatto dell'accordo un'efficacia giuridica che possa sfuggire all'imperio della trama dei *vestmenta* ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ ODOFREDO, in *l. Legem quam dixisti, C. de pactis*, cit.

⁽¹⁵⁾ ODOFREDO ne dà indiretta conferma analizzando la figura dell'*acceptilatio*, il

Allo stesso modo si rigetta la possibilità di isolare il nudo patto nel tessuto dei contratti innominati, in cui pure la genesi dell'accordo non è per sua natura contemporanea all'intervento della qualificazione:

« Item est exemplum de nudo pacto inter absentes: ut est videre in contractibus innominatis. si convenio inter absentes dare ut des est nudum pactum, unde omnibus integris existentibus: nec ego tibi: nec tu mihi teneris »⁽¹⁶⁾.

negozio sul quale i glossatori precedenti costruivano l'effetto estintivo del *pactum*. A simiglianza dell'ipotesi di *stipulatio* invalida, ODOFREDO pone il caso dell'*inutilis acceptilatio*: « Item inutilis acceptilatio continet in se nudum pactum. Verbi gratia sicut stipulatio contrahitur verbis: ita acceptilatio dicit fieri verbis, quia dicit promissor, habesne quod debes? et acceptilatio haec interponi super obligatione verbis contracta quia nihil tam naturale est et cetera, ut. ff. de regulis iuris l. nihil. Sed pone quod solo consensu inita est obligatio ut in emptione: et ego volo accepto ferre: non valet acceptilatio... » (ODOFREDO, loc. ult. cit.). L'invalidità dell'accordo estintivo non deriva qui da un vizio nella struttura, come nel caso della *stipulatio*. Il caso che qui si conduce prevede che l'*acceptilatio* sia conclusa ritualmente per mezzo dei *verba* e che proprio questa caratteristica la renda idonea a estinguere un patto vestito altrimenti, ossia mediante il consenso. Il problema è dato dalla *l. Nihil tam naturale, ff. de regulis iuris*, di cui conviene riportare il testo: « Nihil tam naturale est, quam eo genere quod quae dissolvere, quod colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur ». La GLOSSA « *verbis* » propende da principio per la soluzione negata da ODOFREDO: « Sed nonne etiam obligatio ex consensu contracta tollitur verbis, id est acceptilatione, licet non natura sui, sed pacti ». Una risposta che però si basa sull'apparentamento fra l'*acceptilatio* e altri mezzi di estinzione dell'obbligazione tipicamente soddisfattori: « Item et nonne omnis obligatio tollitur solutione sed non omnis sic contrahitur... Item confusione tolluntur...nec omnes sic contrahuntur? Ad hoc respondeo: hic non negat hoc fieri posse: sed ille modus est magis naturalis, quando eo modo tollitur, quo inducitur ». Il quesito della GLOSSA e quello di ODOFREDO non corrispondono: la prima parte dalla ricostruzione dell'*acceptilatio* come negozio autonomo che deve incidere sull'effetto di un negozio precedente; il secondo, al contrario, intende l'*acceptum ferre* come accordo volto a intervenire su un momento anteriore, quello della *fattispecie* originale che ha prodotto il vincolo obbligatorio che le parti intendono porre nel nulla. Una soluzione cui in realtà allude la stessa GLOSSA, allorché considera la tipica ipotesi di *acceptilatio* non soddisfattoria: « Item quaeritur de obligatione literarum an contrariis literis tollatur, si scribit creditor me non scripsisse? Responde sic secundum Io. et quod dicit nihil, et cetera, hyperbolice loquitur, quia Deo servire, quo cuncta habemus, est magis naturale. Vel nihil et idest, nulla obligatio convenienter tollitur, quam eodem genere ».

⁽¹⁶⁾ ODOFREDO, loc. ult. cit.

Anche in questo caso il patto nudo è perfettamente isolabile dal punto di vista strutturale, ma rimane un puro nome sotto il profilo funzionale. Prima che si dia inizio alla prestazione, ossia prima che il patto venga vestito dell'*interventus rei*, nessuna obbligazione, pur dimidiata e imperfetta, sorge tra le parti (17). L'ipotizzabilità del patto nudo richiede, in via di logica, la sua configurabilità come fattispecie autonoma, non come parte di un procedimento *in fieri* che attende di essere concluso. Una volta realizzato, quindi, il suo contenuto normativo deve andare oltre la volontà dei soggetti che lo hanno posto in essere e configurarsi in modo tale da non poter essere integrato unilateralmente da un *vestmentum*.

Ben si comprende che, date queste premesse, Odofredo rifiuti l'ipotesi, già presa in esame dalla *Glossa*, di due soggetti che, stringendo un accordo, intendano di propria volontà limitarne l'efficacia al rango del semplice patto nudo:

«...frustra dicerent iurisconsulti nudum pactum fieri potest inter praesentes, inter absentes cum dico promittis mihi illam rem dare tu dicis promitto volens pacto non stipulatio teneri... » (18).

Laddove una parte prometta una determinata prestazione e l'altra accetti siamo sempre e comunque di fronte a una *stipulatio*. Le parti possono rinunciare completamente alle azioni che da questa risultano, ma non possono far sì che il loro consenso sia privato artificialmente della qualificazione, già necessariamente intercorsa.

L'unico effetto impossibile a concepirsi è la nascita di un accordo privo di qualificazione, cifra interpretativa che anima anche la riflessione degli Ultramontani, esplicitando la contraddizione interna dell'architettura. I giuristi francesi, da un lato, si dibattono nelle stesse difficoltà nello sforzo di reperire ipotesi di nudo patto; dall'altro tentano di comporre l'antinomia intrinseca al sistema proponendo soluzioni che lasciano intravedere un nuovo approccio alla catalogazione dei *vestmenta*.

(17) Si noti come ODOFREDO tratti di questa ipotesi facendo leva sull'*absentia*, tentando, senza riuscirci compiutamente di tenere distinta questo caso dagli altri, pure concernenti la fattispecie innominata.

(18) ODOFREDO, in *l. Legem quam dixisti, C. de pactis*, cit.

Basti ripercorrere, a tal proposito, l'itinerario argomentativo con cui Jacques de Révigny perscruta la possibilità di dare ipotesi valide di patto privo di qualificazione. Oltre ai due casi esaminati prima in Odofredo ⁽¹⁹⁾, il giurista francese pone un altro esempio, nel tentativo di configurare un accordo che possa esistere escludendo dalla sua fattispecie procedimentale un qualsiasi *vestmentum*:

« Dico utroque modo potest poni exemplum. unde si duo monachi hoc agunt signis: quod unum facit signum alii per quod vult dicere dabis talem rem et alius facit sibi signum per quod vult dicere dabo. tale pactum est nudum quod contrahitur signis. sed si verbis dabis? dabo. tunc esset stipulatio. » ⁽²⁰⁾.

Sotto questo profilo, l'esempio proposto sembra sfuggire alla tipologia dei momenti di qualificazione, sostanziandosi in una dichiarazione diversa da quella che sottende la *stipulatio*. Questa ipotesi, tuttavia, non si sottrae agli stessi rilievi cui vanno incontro le altre prima considerate, il cui regime resta periclitante verso le sorti dell'inesistenza:

« Respondeo ad l. quae dicit quod si aliquis interrogatus non respondeat sed humeris annuat: nulla est omnino obligatio. interrogavi te. dabis mihi decem annuisti capite et humeris. dicit l. allegata non es obligatus aliquo modo... ergo non est pactum nudum quia ex nudo pacto saltem oritur naturalis. » ⁽²¹⁾.

Anche i nuovi sforzi logici del giurista dialettico si scontrano con le stesse difficoltà incontrate dall'ultimo dei glossatori: nel momento in cui si sottrae dal tessuto del contratto pienamente

⁽¹⁹⁾ Ipotesi che questo autore unisce dal punto di vista funzionale: « Item potest poni exemplum de pacto nudo ubi verbis exprimitur, ubi tu queris promittis? et ego respondeo promitto sed tamen volo quod sit pactum nudum... Ecce exemplum. stipulatio contrahitur sine intervallo. Item precedente interrogatione et sequente responsione. pone interrogavi te quod dabis mihi decem: non respondisti incontinenti. sed cum fuisses ad domum et redisses respondisti: promitto. non est stipulatio. immo pactum nudum ». JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Lecta C. de pactis*.

⁽²⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽²¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

valido e sanzionato il momento di qualificazione, non si ottiene il puro accordo, fonte di un'obbligazione naturale, ma un fatto indifferente per l'ordinamento.

Un ostacolo non sormontabile, sino a che il problema dell'individuazione del nudo patto viene inteso in termini strutturali:

« ...vel ubi responsio precedit interrogationem. non interrogatus dixi. dabo tibi? dixisti tu. placet mihi. non est stipulatio unde pactum est nudum. [...] Quidam opponebant quod imo si ex intervallo fieret responsio nulla est obligatio omnino, unde non valeret nec ut pactum nec ut stipulatio... » (22).

Il giurista sperimenta i limiti della pre-condizione connaturata al sistema, data dalla concezione del patto e del *vestmentum* come fattori egualmente concorrenti alla costituzione di una fattispecie contrattuale pienamente valida e azionabile. Nell'ottica propria dei glossatori i termini dell'accordo e della qualificazione debbono avere un proprio ruolo, reciprocamente autonomo rispetto alla struttura che integrano. In questo senso, il *pactum* deve esistere prima e oltre la possibilità di essere provvisto di un *vestmentum*; quest'ultimo deve configurarsi come una struttura che, se assicura la piena sanzione all'accordo delle parti, non deve tuttavia configurarne l'esistenza.

1.3. *La risposta degli Ultramontani.*

Un assunto che si dimostra, all'analisi degli Ultramontani, non verificabile in concreto. Essi, tuttavia, non partono da tale riscontro per arrivare alla distruzione del sistema precedente, cui far seguire la fondazione di una nuova architettura concettuale, basata su presupposti diversi.

Il portato specifico del loro pensiero si realizza, al contrario, provvedendo la costruzione dei glossatori di nuovi significati, ottenuti mediante la creazione di nuove relazioni tra i termini propri di quell'apparato concettuale.

(22) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

Osserviamo la replica di Jacques de Révigny alla tesi di chi, concordemente ai presupposti del sistema dei *vestimenta*, ritiene l'accordo stretto fuori dai vincoli di qualificazione come un fenomeno inesistente per l'ordinamento:

« Responsum est quod ille § intelligitur ubi proponebant contrahere stipulationem unde si non valet ut agitur nullo modo valet... ».

Posto di fronte all'impossibilità di isolare il consenso privo di qualificazione da un punto di vista strutturale, il giurista francese cerca di individuare il patto nudo entro una prospezione opposta, totalmente funzionale. Il Révigny, con questo breve accenno, pone un nuovo cardine di razionalizzazione delle fattispecie contrattuali. Talune, come la *stipulatio*, possono costituirsi in un solo e dato modo: allorché la volontà delle parti si estrinseca fuori da quella determinata procedura, essa semplicemente non esiste. In altri casi, se non può essere riconosciuta alla dichiarazione irrituale l'effetto della piena azionabilità, pure essa può esistere come semplice accordo. Nella prima ipotesi, difatti, il dato strutturale determina integralmente il piano funzionale in una relazione di necessità reciproca; nella seconda, il comportamento delle parti, tenuto al di fuori della fattispecie genetica tipica, indica comunque la funzione che tali soggetti intendono perseguire.

È questo il significato della dottrina più originale degli Ultramontani, di cui possiamo leggere le esatte proposizioni in un passo del Belleperche:

« Quod est exemplum de pacto nudo. Opponitur istis. tu dicis ubi nutu promittit est pactum nudum? imo quando non valet ut stipulatio nec valet ut pactum nudum ut ff. de verborum obligationibus lex prima § si quis et ff. constituta pecunia lex prima § cum qui. dico si in materia peccat quia de illa re non potest interponi stipulatio. dico quid quid agatur si non valet ut agitur valebit ut nudum pactum. sic est in acceptilatione ut ff. eodem l. si unus § acceptilatio et ff. de rescindenda venditione l. cum emptor. aut peccat in forma et tunc aut agitur ut fieret stipulatio et tamen non valet ut stipulatio nec ut nudum pactum ut ff. de constituta pecunia lex prima § cum qui et ff. de verborum obligationibus lex prima § si quis ita. aut agebatur quod non esset stipulatio sed nudum pactum. promittis mihi

decem dico ego gratos. in casu isto valet ut nudum pactum sic ff. acceptilationibus l. an inutilis... » (23).

La terminologia propria della dialettica serve ad esplicitare una nuova relazione definitoria fra i concetti di *pactum* e di *vestmentum*. La *stipulatio* irrituale rappresenta, in questo modo, un atto giuridico che può essere compreso o alla stregua di un nudo patto o come fatto irrilevante per l'ordinamento a seconda della sua compatibilità con la funzione perseguita dalle parti.

Si possono quindi distinguere tre ipotesi. Nella prima, l'accordo posto in essere dalle parti non costituisce una *stipulatio* perché *peccat in materia*: il contenuto obbligatorio del negozio non è tale da poter essere regolato attraverso questo tipo contrattuale. In questo caso, esso non può essere riguardato come un patto vestito *verbis* poiché questa struttura genetica, pur puntualmente integrata dalle parti, non può riflettere la struttura funzionale che queste intendono conseguire (24).

La seconda e la terza ipotesi sono invece caratterizzate da un vizio che inerisce il tessuto stesso del *vestmentum*: in questo caso il contratto verbale *peccat in forma*. Tale difetto può portare all'inesistenza del negozio, nel caso in cui le parti volessero contrarre una

(23) PIERRE DE BELLEPERCHE, *ad l. Legem C. de pactis* (Biblioteca Medicea Laurenziana, Plut 6 sin. 6, fol. 83 vb).

(24) Il BELLEPERCHE esemplifica questo caso sull'ipotesi dell'*acceptilatio inutilis*. Un testo romano (D. 2, 14, 27, l. *Si unus, ff. de pactis*.) afferma che se il negozio formale con cui una parte rimette un debito all'altra, dichiarando di averne ricevuto il pagamento è invalido, si può comunque intendere la sostanza di tale regolamento come tacito *pactum de non petendo*. Su questo testo si innesta la GLOSSA « *Inutilis fuit* », siglata da ACCURSIO, nella quale si riportano le contrastanti opinioni di MARTINO e di BULGARO. Il primo ritiene che ogni difetto nella strutturazione formale di questo negozio non osti a riconoscervi il nudo patto, con la conseguenza di accordare al debitore rimesso la titolarità di un'eccezione contro il creditore remittente che intenda valersi della nullità dell'*acceptilatio* per chiedere l'adempimento dell'obbligazione. Il secondo limita questa asserzione, ritenendo che talune ipotesi di difetto formale impediscano il sorgere stesso dell'accordo che, pertanto, non può esistere neanche al livello del semplice patto nudo. La salomonica soluzione della GLOSSA contiene, in un diverso strumentario, la stessa sostanza dogmatica enucleata dal BELLEPERCHE: « nos autem secundum Io. dicimus idem quam Bul. si est inutilis ratione conceptionis ineptae, ut quia inter absentes, vel sub conditione vel in diem [...] si autem ratione rei, quae interponitur, est inutilis, idem dicimus quod M. ».

stipulatio, contratto in cui il consenso non può esistere disgiuntamente dalla sua manifestazione tipica; conduce alla caducazione del solo *vestmentum*, lasciando intatto il nucleo del consenso, nel caso in cui le parti si siano scambiate una promessa che non intendevano versare nei limiti del negozio formale. Nel primo caso il contratto non esiste come atto giuridicamente rilevante; nel secondo l'accordo delle parti esiste, ma al livello di patto nudo, e produrrà solo i limitati effetti propri di esso: *exceptio*.

Partendo dal dato funzionale, si riesce ad isolare facilmente l'accordo, individuando i casi in cui esso esiste prima della qualificazione:

« modo habetis exempla secundum doctores et secundum scripta. possetis mille exempla pone vendidi tibi librum ante quam tradidi tibi. nuda conventio est. vel locavi. ut ff. eodem l. iurisdictionum § sed cum nulla et istud exemplum est plañissimum »⁽²⁵⁾.

Il concetto di patto nudo che deriva da questa dottrina non rappresenta il frutto di una nuova costruzione, operata su nuovi principi. Essa è piuttosto il risultato dell'esplicitazione dell'intrinseca antinomia del sistema dei glossatori: la non configurabilità del nucleo di consenso in termini strutturali. Portando la definizione del nudo patto esclusivamente sul piano funzionale, gli Ultramontani provvedono di un significato nuovo la nozione isolata dai glossatori. Per quest'ultimi, in linea di principio, il patto nudo è la minima struttura possibile di accordo, che attende di essere specificata dal *vestmentum*, il fattore che deve provvederla di elementi ulteriori, i soli che possono legittimarne l'azionabilità. In quest'ottica, ogni tessuto contrattuale può essere descritto sui due momenti diversi del consenso e della sua qualificazione; sul primo piano l'ordinamento valuta se il consenso esiste come dichiarazione, sul secondo se esso sia riconoscibile e, quindi, sanzionabile.

Gli Ultramontani provvedono il concetto di nudo patto — che essi accettano nella definizione tradizionale data dai glossatori cui, anzi, rivendicano l'integrità di principio — di un nuovo significato, verificando l'impossibilità di tenere distinti il lato della dichiarazione

(25) PIERRE DE BELLEPERCHE, ult. loc. cit.

da quello della riconoscibilità. Per costoro il nudo patto si identifica così con quella fattispecie che, funzionalmente idonea a dichiarare il consenso delle parti, non è strutturata nei termini dati dal *vestimentum*. Il risultato consiste nel rendere più complesso il quadro della qualificazione giuridica degli atti. I glossatori ammettono difatti solo due posizioni: se esiste il consenso provvisto del *vestimentum* si ha un contratto pieno e azionabile; se il *vestimentum* non esiste, si ha, in tutti i casi possibili, un patto nudo, il nucleo di consenso valutato anteriormente ad ogni questione concernente la sua manifestazione.

Gli Ultramontani ammettono tre posizioni: se la dichiarazione non esiste, non siamo in presenza di un patto, né nudo né vestito, poiché non esiste il consenso; se la dichiarazione esiste, ma non integra la tipicità del *vestimentum*, il consenso esiste ma non è riconoscibile, e si ha un patto nudo; se la dichiarazione esiste nei termini dati dal *vestimentum* siamo in presenza di un contratto garantito della piena tutela.

2. *La critica al novero dei vestimenta fra visione strutturale e concezione funzionale.*

2.1. *La concezione strutturale dei vestimenta.*

Il principio per cui l'accordo fra privati *si non valet ut agitur, valet ut valere potest* ⁽²⁶⁾, in cui si sostanzia l'approccio eminentemente funzionale dei nuovi giuristi rappresenta, per molti aspetti, il punto di evoluzione del sistema ideato dai glossatori. La questione della non configurabilità pratica del patto nudo ha dimostrato come le differenze tra le opinioni di Odofredo e quelle di Jacques de Révigny e Pierre de Belleperche non siano raffigurabili nei termini di una diversa percezione dei problemi sistematici, ma rappresentabili

(26) Espressione con la quale verrà identificato nei giuristi posteriori il fulcro della dottrina ultramontana sul patto nudo. Basti citare CINO DA PISTOIA: «Solutio: aut peccatur in materia, aut peccatur in forma. Primo casu, si non valet, ut agitur, valet ut valere potest: aut peccatur in forma et tunc subdistinguo: aut agitur ut contrahatur inter eos, tantum per stipulationem et tunc non valet ut valere potest. ut dicto § si quis. Aut agitur ut contrahatur quoquo modo et tunc valet ut nudum pactum.». (*in l. Legem, C. de pactis, n. 7, p. 51 r. col. 2*).

come il risultato di specifiche opzioni di lettura del medesimo contesto dogmatico.

Odofredo non riesce a dare sostanza alla nozione che fornisce il cardine del sistema poiché parte da una concezione strutturale della qualificazione, racchiusa in un catalogo non estensibile. In tal modo, o nella fattispecie concreta è presente un qualsiasi *vestmentum* — sia esso quello voluto dalle parti o un altro che sia comunque ravvisabile nel loro agire — e quindi l'accordo esiste ed è azionabile, oppure il patto ne è privo e pertanto non esiste per il diritto. In questo modo Odofredo accetta l'antinomia intrinseca nel sistema, giudicandola non incompatibile con il mantenimento dell'architettura fondata sui sei *vestimenta* azoniani. La posizione di Odofredo rappresenta così il punto di massimo sviluppo possibile del sistema dei glossatori, cui questo autore, pur figurandosene tutti i difetti, resta comunque legato. Isolando una visione esclusivamente funzionale del momento dell'accordo, gli Ultramontani, al contrario, aprono la costruzione dei *vestimenta* ad esiti nuovi, strettamente conseguenti al loro approccio. Il punto dogmatico che muove la loro riflessione è costituito da una questione già presente alle dottrine dei glossatori, perfettamente complementare a quella che abbiamo già esaminato; su di essa possiamo misurare ulteriormente le differenze fra chi si fa portatore di un nuovo atteggiamento interpretativo e chi sceglie di rimanere fermo alla metodologia passata. Il problema cui qui si allude è dato dalla omogeneità della classificazione dei *vestimenta*:

« Sic ergo dixit Azo. sex modis vestiuntur pacta in quattuor primis modis: dicit ipse improprie diximus vestiri pacta vel contractus quia proprie non dicitur vestitum quod prius non fuerit nudum et in illis quattuor primis modis non est reperire contractum attamen fuisse nudum in aliis duobus modis proprie accipitur vestiri quia ibi est reperire vestitum quod prius fuit nudum »⁽²⁷⁾.

Nel tratteggiare la propria dottrina, Azone rendeva conto che taluni *vestimenta* sono contemporanei all'accordo (« *cum suo esse incipit habere* ») e talaltri si aggiungono all'accordo *post natiuitatem*.

(27) JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 55 v. col. 2).

La sua argomentazione era finalizzata, del resto, a rendere omogenea sulla cifra interpretativa unitaria dei *vestimenta* quella distanza fra contratti *nominati* e *innominati* che aveva creato i maggiori problemi sistematici ai giuristi precedenti.

La tenuta di questo schema viene messa in discussione da tutti gli apparati post-accursiani, che contrappongono alle tesi di Azone i rilievi critici di Iacopo Baldovini ⁽²⁸⁾:

« Ista sententiam azo. quod pactum vestiatur istis sex modis non approbat Ia. Azo. dixit quod sex modis vestiuntur pacta. Dicit Ia. immo tantum duobus ultimis modis. cohaerentia contractus et rei interventu. unde dixit prima quattuor sunt efficacitiae ad agendum. sed quod vestiuntur falsum est quia ars imitatur naturam suam ff. de adoptionibus l. adoptio in natura ita est quod non dicitur vestitum quod non fuerit nudum. unde homo dicitur vestitus quia prius fuit nudus. in quattuor primis modis non est ponere quia numquam fuerunt nuda. » ⁽²⁹⁾.

Questa tesi, posta nei termini puri del nominalismo, critica il sistema azoniano ritenendolo sede di una superfetazione di momenti qualificativi. Per il Baldovini i patti vestiti *re, verbis, literis e consensu* non possono dirsi propriamente vestiti, poiché non furono mai nudi; in questo modo, egli colpisce la dottrina di Azone volgendogli contro il suo argomento primario di edificazione, giudicando la cifra interpretativa data dai *vestimenta* uno strumento inadeguato a valutare unitariamente le diverse realtà degli accordi produttivi di azione.

Tale dottrina realizza sul piano dei momenti di qualificazione la concezione strutturale del patto nudo, cifra interpretativa inscindibile dall'ottica dei glossatori. Essa conduce ad una netta bipartizione dei modelli contrattuali, ponendo da un lato le fattispecie in cui il consenso e la sua dichiarazione rappresentano momenti contemporanei:

« Responde non vestitur pactum, quia ante mutuum vel commodatum nihil erat, nec nudum nec vestitum, igitur numeratione interveniente est

⁽²⁸⁾ Testimoniata da varie fonti. La dottrina la riporta in genere dall'apparato dell'OSTIENSE (*Summa, I, de pactis, n. 3.*) Cfr. da ultimo I. BIRROCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale di contratto*, p. 113 n. 57. Si veda anche CINO DA PISTOIA, *in l. Legem, C. de pactis* n. 6.

⁽²⁹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *in l. Legem C. de pactis* (fol. 55 v. col. 2- fol. 56 r. col. 1).

perfectum: unde non potest dici vestiri cum nullo tempore fuit nudum. Item non potest verbis dici pactum vestiri: quia in stipulatione antequam precedit interrogatio et subsequatur responsio nihil est. immo non est nudum nec est vestitum interposita vero stipulatione et subsecuta responsione non potest dici vestiri stipulatio, quia nulla fuit ante. Idem in literarum obligatione: quia ante literas emissas non fuit aliquod pactum igitur literis intervenientibus non potest dici vestiri quia ante nihil est et idem est in obligatione quae contrahitur consensu, ut in emptione: quia ante consensum, pactum non est nudum, nec est vestitum, igitur consensu interveniente non dicitur vestiri: quia ante nihil fuit. »⁽³⁰⁾.

In questi casi, per utilizzare le parole di Odofredo, fedele *reportator* dell'insegnamento del suo maestro, prima della qualificazione l'accordo non esiste e pertanto non ci si può porre il problema se esso sia nudo o vestito. La dottrina del Baldovini rappresenta, in questo senso, l'inveramento della concezione strutturale della qualificazione, complemento necessario della visione strutturale dell'accordo. Ben si comprende come gli unici *vestimenta* ritenuti ammissibili siano pertanto i soli che effettivamente qualificano il consenso dopo la sua nascita: la *cohaerentia contractus* e l'*interventus rei*.

Una relazione eminentemente formale, che sottolinea soltanto il dato della non contemporaneità fra genesi dell'accordo e genesi della qualificazione, senza interrogarsi sulla diversa struttura delle tipologie individuate da questi due *vestimenta*:

« Sed duobus ultimis modis potest dici vestiri pactum scilicet cohaerentia contractus quia si pactum praecedit et incontinenti subsequitur stipulatio, statim accipit vestimentum a contractu subsequenti. sicut potest videri in puero cum nascitur nudo: sed statim vestitur obstetrica. sic in rei interventu: quia cum do ut des: omnibus integris existentibus est invenire nudum, sed vestitur rei interventu: unde non sex modis vestitur pactum sed duobus tantum. »⁽³¹⁾.

È agevole notare come questa tesi sia ben lungi dal porre una dottrina eversiva rispetto alla visione tradizionale. Essa accetta l'analisi strutturale delle fattispecie contrattuali conquistata attraverso la dottrina dei *vestimenta* per smentirne la tenuta come schema unita-

⁽³⁰⁾ ODOFREDO, in *l. Legem, C. de pactis*, n. 7 (fol. 61 v. col. 2).

⁽³¹⁾ ODOFREDO, ult. loc. cit.

rio di comprensione dei modelli contrattuali. L'opzione ricostruttiva del Baldovini parte dalla intrinseca differenza tra le fattispecie che acquisiscono la piena sanzionabilità nel momento della conclusione dalle altre, che ne sono provviste in virtù di un fatto successivo.

Un dato strutturale che viene presto riportato sul piano della relazione con l'ordinamento, seguendo anche qui le medesime categorie isolate dal sistema azoniano dei *vestimenta*:

« Unde dicit talis doctrina tradi conventionum alie sunt iuris civilis, alie iure gentium, alie sunt nominate, alie magis innominate. Nominated conventiones dicuntur emptio et venditio: et dicuntur nominate quia habent sua propria nomina quae aliis contractibus accomodari non possunt: quia emptio non potest accomodari mutuo vel comodato vel deposito: et in istis conventionibus non cadit illa distinctio pacta aut sunt nuda aut vestita... Innominate conventiones sunt do ut des, facio ut facias, et rerum permutatio: et dicuntur innominate quia in larga significatione possunt aliis contractibus accomodari... Et in istis cadit divisio aut sunt nude aut vestite. Nude sunt do ut des. Vestite sunt re interveniente: vel rei interventu »⁽³²⁾.

In questi termini, la critica del Baldovini rende manifeste le categorie sottese al sistema tradizionale dei *vestimenta*. I giuristi precedenti, isolato il quadro generale dei momenti di qualificazione, verificavano come taluni di questi sorgessero in virtù della *confirmatio a lege*; per questo tramite accertavano l'appartenenza delle relative fattispecie allo *ius civile*, area normativa che costituiva l'unico referente possibile per l'azionabilità di talune ipotesi contrattuali che, provviste di piena sanzione dal testo, pure non sembravano rientrare nell'architettura dei *vestimenta*. La tesi del Baldovini tronca questa sottile trama argomentativa, ideata per rappresentare tutte le possibili classificazioni dei modelli negoziali su una base unitaria, per tradurre le diversità strutturali interne in

(32) ODOFREDO, in *l. Legem, C. de pactis*, n. 7 (fol. 62 r. col. 1). Una dottrina riportata anche da JACQUES DE RÉVIGNY: « Unde dixit Ia. ego do talem artem: conventionum quedam sunt de iure civili ut obligatio literarum, contractus emphiteoticus: sponsalitia largitas: stipulatio [...] et in istis non cadit nudum nec vestitum: quedam sunt conventiones de iure gentium et istarum quedam sunt nominate in quibus non est reperire nudum vel vestitum quedam innominate in quibus est reperire nudum et vestitum ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

termini di differenza di relazione fra il fatto dell'accordo e l'ordinamento superiore.

In questo modo, le fattispecie derivanti dallo *ius civile* non sono predicabili in termini di *vestmentum*, poiché la loro struttura si realizza nel momento in cui esse vengono costituite secondo una procedura integralmente dettata dal testo normativo. In questi casi il consenso delle parti può configurarsi in un solo e dato modo; in simili fattispecie non si può raffigurare alcun momento di qualificazione ulteriore rispetto all'accordo. I modelli contrattuali che derivano dallo *ius gentium* patiscono la stessa valutazione se sono provvisti di un *nomen* determinato, poiché esso — risultato perfettamente chiaro delle dottrine precedenti — racchiude in sé ogni valutazione circa la struttura del contratto; le uniche ipotesi in cui ci si può porre il problema della presenza o meno di un *vestmentum* sono le fattispecie innominate. Nel primo caso, difatti, valgono le medesime considerazioni che per i modelli *iuris civilis*, poiché il contratto esiste se l'accordo delle parti integra una e una sola struttura; solo nel secondo il consenso deve essere provvisto dell'elemento di qualificazione ulteriore.

La critica del Baldovini non configura dunque una visione alternativa della tipologia contrattuale dei glossatori, ma rappresenta soltanto l'esplicitazione di quella prospettiva e dei suoi limiti intrinseci, nel momento in cui arriva allo stesso risultato semplicemente disconoscendo la portata gnoseologica dello strumento adoperato in precedenza per conseguirlo.

Non stupisce, quindi, come Odofredo non giudichi la dottrina del suo maestro incompatibile con l'ottica tradizionale, in cui egli pure si riconosce:

«...ut dixerunt Io. et Az. in summa huius tituli sed ipsi processerunt ultra et dixerunt vestiri pactum sex modis predictis sed in primis quattuor modis pactum improprie dicitur vestiri sed vestitum nasci: sed in duobus ultimis modis dicitur proprie pactum vestiri: quia pactum fuit nudum: accipit vestimentum: potest ex facto sed si istud non dixissent: sed stetissent in illis finibus quod sex modis vestiretur pactum reprehensi non fuissent, nec scandalizati a domino Ia. ab oriente usque ad occasum: quia dixit dominus meus pactum vestiri sex modis non est prudentium opinio: nec bona doctrina, sed hoc erat suum »⁽³³⁾.

⁽³³⁾ ODOFREDO, in *l. Legem, C. de pactis*, n. 7 (fol. 61 v. col. 2).

L'ultimo eponimo dei glossatori non ravvisa alcuna vera inconciliabilità fra le tesi che pure presenta come opposte e dichiara ai propri discepoli che si può indifferentemente sostenere l'una o l'altra, semplicemente optando tra due modi — l'uno più analitico, l'altro più sintetico — di rappresentare la medesima realtà. Su questa logica tranquillante Odofredo apparenta la tesi del proprio maestro a quella di Jacques de Révigny: un fraintendimento che illumina sulla incapacità di questo autore di staccarsi dalla logica dei glossatori e di comprendere il nuovo strumentario tecnico dei giuristi francesi.

2.2. *La concezione funzionale.*

La dottrina iniziata da Jacques de Révigny e che troverà piena sistemazione nel pensiero del suo allievo Pierre de Belleperche parte anch'essa da una lettura fortemente critica dell'assetto tradizionale dei *vestimenta*. Gli esiti cui conduce sono ancora più radicali di quelli attribuiti al Baldovini: per gli Ultramontani esiste un solo *vestmentum* configurabile, il *rei interventus*. È questo il contributo specifico di questi giuristi al dibattito sui momenti di qualificazione, l'elemento per cui i giuristi francesi saranno sempre assunti dal successivo Commento come naturali avversatori delle dottrine della Glossa.

Una opinione che solo superficialmente può essere accomunabile ai rudimentali risultati del Baldovini. Questi poneva il sistema dei glossatori in contraddizione con sé stesso, ma senza riuscire a spiegare su basi diverse quali caratteri diano la piena sanzione a determinate fattispecie. Una conseguenza necessaria della concezione strutturale della relazione fra consenso e qualificazione, ben visibile in un rudimentale sofisma costantemente attribuito dalle fonti al Baldovini:

« Opponitur ei: mutuum non vestitur ut tu dicis Ia. tunc quaero aut est nudum aut vestitum. Si vestitum: hoc est contra te, quia tu dicis contrarium. Si nudum ergo ex eo non agitur quod falsum est. Respondet Ia. tu queris mutuum: aut nudum aut vestitum. sicut miles cum queritur ei de equo qui numquam fuit ferratus an natus fuit ferratus vel non ferratus. »⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 56 r. col. 1).

Una fattispecie azionabile come il mutuo, se si seguisse la sua tesi, non potrebbe essere definita come un patto vestito, poiché ciò si esclude per definizione, e non potrebbe essere vista come patto nudo, poiché non si spiegherebbe perché essa sia azionabile. A tale obiezione il Baldovini risponde in questi termini: così come non ha senso chiedere se un cavallo sia nato con i ferri o se ne sia stato privato già prima di nascere, non è logicamente valido interrogarsi se i contratti *re, verbis, literis e consensu* nascano provvisti o meno del loro *vestmentum*. Il Révigny mette in luce la natura apodittica di tale ragionamento:

« Respondere debet quod nec ferratus nec deferratus natus est. hoc tamen non est omnino simile: quia si queratur aut est vestitum aut non est vestitum. de quolibet ergo affirmatio vel negatio. diceret Ia. non vestitum et hoc videretur idem quod nudum. » ⁽³⁵⁾.

I contratti nominati non sono dei patti che nascono intrinsecamente dotati del *vestmentum*, distinguibili dagli altri sulla base, tutta formalistica, del momento in cui interviene il dato della qualificazione. Più semplicemente essi non sono definibili né come patti vestiti, né come patti nudi: ogni giudizio circa la loro appartenenza all'una o all'altra classe è destituito di un fondamento logico, poiché per essi si può predicare tanto l'una quanto l'altra *qualitas*.

Se la critica del Baldovini procede dalla visione strutturale della qualificazione propria della prospettiva dei glossatori, la critica del Révigny procede da un'ottica totalmente funzionale. Il primo afferma che i contratti come il mutuo non possano dirsi, seguendo la dottrina di Azone, come dei *pacta* vestiti *re*, poiché la qualificazione non è distinguibile dal consenso, visto che non si può configurare alcun momento della fattispecie genetica in cui l'accordo fra le parti sia privo del *vestmentum*. La dazione della cosa può essere intesa come qualificazione soltanto nel caso dei contratti innominati, nei quali l'accordo viene reso azionabile dall'*interventus rei*, per sua natura successivo alla nascita del consenso. Il secondo va oltre questa semplice relazione basata esclusivamente su dati strutturali,

⁽³⁵⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

per dare ragione di tale circostanza su un piano diverso, totalmente funzionale:

« ...cum ego do formalem differentiam in contractibus quos dicimus re vestiri. res est de esse contractus, unde res ibi dicitur improprie vestimentum, inde sequitur quod actio oriatur ex reali actu » ⁽³⁶⁾.

Nei contratti vestiti *re* la dazione della cosa contraddistingue la fattispecie poiché essa determina la struttura del consenso in vista di un dato risultato funzionale, connotandola in un preciso tipo contrattuale. In questo senso la *traditio rei* non può essere intesa come qualificazione strutturale del consenso, ma come elemento di determinazione funzionale del suo contenuto.

La tesi del Révigny importa un notevole mutamento di prospettiva rispetto alla concezione tradizionale:

« Sed opponitur contra Az, numquid possibile est quod permutatio incipit a traditione ibi non habere locum. Responsio Azo. quod statim est vestitum sicut et mutuuum et ita opponebat dominus domini mei contra responsionem Azo. unde dicebat ipse hec est differentia in illis qui re vestiuntur quod actio oritur ex re ipsa. unde in mutuo ex ipso actu reali numerationis agitur. sed in illis que vestiuntur rei interventu agitur ex primo consensu, unde re tradita oritur ex consensu secuta rei traditione » ⁽³⁷⁾.

Aderendo a questa, ogni accordo costituito attraverso una procedura che inizi dalla *rei traditio* è un patto vestito *re*, e produrrà gli effetti obbligatori tipici di questa categoria: la restituzione della cosa infungibile o la dazione di una data quantità della stessa merce ricevuta. Nella visione strutturale comune ad Azone e al suo oppositore Iacopo Baldovini la funzione che le parti intendono perseguire scompare dietro il dato genetico della *traditio*. Essa indirizza il contratto verso gli effetti tipici del modello reale, se essa costituisce il primo atto del volere; se interviene in un momento successivo, essa è il fattore di perfezionamento di una diversa struttura tipica, che produrrà la qualificazione di un accordo concluso precedentemente.

⁽³⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽³⁷⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

La visione del Révigny è diametralmente opposta: la *traditio rei* è un elemento della fattispecie il cui significato va letto di corrispondenza alla funzione che le parti intendono perseguire. In questo senso, la *traditio* connota l'accordo nel modello reale se essa appartiene alla struttura intrinseca del negozio che le parti intendono perseguire, intervenga essa prima o dopo la formazione del consenso; è condizione dell'azionabilità del modello innominato se le parti, invece che la restituzione del *tantundem*, intendano scambiare una cosa contro un'altra, indipendentemente dal fatto che l'accordo si concluda precedentemente, contestualmente o posteriormente ad essa ⁽³⁸⁾.

Si apre così la via ad una rappresentazione diversa della realtà dei contratti, condotta su distinzioni che nascono da quelle poste dai glossatori, ma che invero un quadro concettuale autenticamente proprio di una nuova figura di giurista, che ha la possibilità di sottoporre a critica l'assunto principale dei giuristi precedenti: la pari efficacia funzionale dei momenti di qualificazione. Il sistema dei glossatori postula implicitamente che tutti i *vestimenta* abbiano il medesimo ruolo nel provvedere il patto di azione. L'analisi di questi giuristi, come abbiamo visto, si arresta allorché viene individuato un fatto che abbia la potenzialità di provvedere il consenso di un *quid* specifico, senza interrogarsi sul come tale qualificazione operi nel tessuto complessivo del contratto così formato ⁽³⁹⁾.

Il giurista francese, al contrario, sottolinea la diversa relazione che taluni *vestimenta* instaurano nei confronti del momento del

⁽³⁸⁾ La contrapposizione fra queste due visioni è sottolineata da PIERRE DE BELLEPERCHE: « ...usus est dicere secundum eum pactum re vestitum in quibus res designat ad quid contrahitur obligatio nulla facta verborum designatione... si rei interventu vestitur pactum ubi res non designat ad quod contrahitur obligatio... Ista non placuit Ia. dicit nam quod non est verum nec re nec verbis nec literis nec literis vestitur pactum sed tantum duobus modis ut rei interventu et cohaerentia contractus. proba quid dicitur nudatus quod est nudum ab initio. sed pactum quod vestitur re verbis literis et consensu semper vestitum est et efficaciam habet... » in *l. Legem C. de pactis* fol. 83 va.

⁽³⁹⁾ Un assunto che è proprio anche della tesi del BALDOVINI, il quale si limita ad affermare che taluni momenti di qualificazione, nascendo contestualmente all'accordo, non possano essere gratificati del titolo di *vestmentum*, ma non si serve di questa contestualizzazione per tentare una più profonda analisi della diversa operatività strutturale dei diversi fattori.

consenso, per operare su questo criterio una nuova comprensione delle fattispecie contrattuali riportate dal testo romano:

« Unde in quattuor primis exemplis improprie dicimus vestiri quia ibi non est formale contractus cum ponimus improprie vestimentum stipulatio suum materiale factum consensum habet et suum formalem sollemnitatem verborum: et istud ponimus pro vestimento improprie » ⁽⁴⁰⁾.

In un contratto come la *stipulatio* l'elemento dei *verba* non viene più definito come *vestimentum*, ma rappresenta il momento formale di espressione del fatto del consenso. Viene risolto così alla radice il problema sollevato dal Baldovini e in realtà insito nella stessa sistematica azoniana: la necessaria compresenza del termine di esistenza e del termine di qualificazione nei contratti nominati. Laddove si sostiene, come in Révigny, che la dazione della cosa è nell'essenza del contratto di mutuo e la *formula sponsionis* in quella della *stipulatio*, non si ha più ragione di distinguere artificialmente il dato del consenso da quello della qualificazione.

Un netto mutamento di prospettiva, le cui dimensioni possono essere saggiate sull'opinione resa da Jacques de Révigny a proposito di un punto già presente all'attenzione dei glossatori:

« Opponitur contra sententiam Azo. dixit quod pactum vestitur consensu: contra omne pactum habet consensum ff. e. l. prima ergo omne pactum est vestitum. dicit glo. et non respondet bene ad argumentum consensus qui vestitus est est vestis elegans et urbana et nihil plus dicit. Vel aliter dicunt. quidam consensus specialis est quod est vestitum. cum dicis omne pactum habet consensum verum et generalem. Opponitur contra eos. quia distinctio est ista quod pactum habeat consensum generalem et consensus specialis sit vestimentum: non enim est ponere generale sine speciali. quia contrarium ponere: esset ponere ydeas » ⁽⁴¹⁾.

Costretti nel loro schema, i glossatori dovevano dar conto di come solo talune fattispecie fossero vestite del consenso, elemento per definizione presente in tutti i contratti. Jacques de Révigny giudica inconcludente la risposta della *Glossa* di ritenere il consenso

⁽⁴⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 56 r. col. 1).

⁽⁴¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 55 v. col. 2).

una *vestis elegans* solo per talune fattispecie, senza specificarne il motivo, nonché il tentativo di distinguere una nozione di consenso in senso generale da una *specialis*, che dovrebbe costituire il *vestmentum*. Abbiamo già visto come tali difficoltà rappresentassero una tra le più notevoli contraddizioni interne del sistema dei glossatori e della loro concezione strutturale della qualificazione. Partendo da una concezione totalmente funzionale del contratto, il Révigny può troncane la disputa usando di strumenti che i suoi predecessori non avrebbero mai potuto adoperare:

« Ego respondeo ad argumentum deinde dabo intellectum glossae quod arguitur consensus est vestimentum in omni pacto est consensus ergo et cetera. Dico quod in obligationibus quales dicimus contrahi consensu: speciale est quod consensus sit vestimentum et inuit insti. de obli. ex contractu circa finem. Si tu quaeras quare est speciale. dico sic placuit legislatori unde si placeret legislatori quod ex permutatione solo consensu oritur actio: sicut ex venditione. et tamen possibile esset. unde ius impositum est. » ⁽⁴²⁾.

È la volontà del legislatore, il *dictum* del testo romano ad attribuire a taluni modelli la piena azionabilità sulla base esclusiva del consenso delle parti, richiedendo per altri l'intervento di un diverso momento di qualificazione. La miglior prova è nella comparazione tra la struttura della compravendita e quella della permuta. Due realtà comparabili ma intrinsecamente diverse per la visione strutturale dei glossatori, che non può che fermarsi dinanzi alla diversità delle procedure di conclusione di queste due fattispecie. Due contratti eguali dal punto di vista funzionale, per Jacques de Révigny, che solo le ragioni del testo romano tengono distinti dal punto di vista strutturale.

L'argomento del *placitum legislatoris* scioglie il problema posto dalle dottrine precedenti e che pure restava insolubile, se affrontato con l'apparato concettuale loro proprio:

« Et quod opponitur quod non est ponere generale sine speciali verum est quod consensus generalis de dando vel faciendo est in omni pacto et reperire talem consensum et est ibi similiter specialis consensu de dando vel

(42) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

faciendo. Sed est specialis consensus de vendendo. unde consensus specialis est vestimentum non quaecumque specialis: sed specialis talis scilicet de vendendo. »⁽⁴³⁾.

Il Révigny non esclude che al consenso, pur essendo elemento comune a tutte le fattispecie contrattuali possibili, non possa essere attribuito il ruolo di *vestimentum* in taluni casi. Per assicurargli questa potenzialità, egli patisce lo stesso problema dei glossatori: costruire due nozioni diverse di consenso, l'una in grado di rappresentare il nucleo proprio di ogni accordo, l'altra in grado di raffigurare la specificità di una ristretta categoria di fattispecie.

Verificato come l'approccio dei glossatori — finalizzato a distinguere due strutture diverse di consenso — fallisca nell'intento, il *doctor ultramontanus* comprende questo carattere attraverso la funzione che il contratto intende assolvere: un dato che non può essere determinato altrimenti che dalla norma superiore. Il ruolo della *lex*, tuttavia, non costituisce il termine ultimo del giudizio sulla qualificazione del regolamento privato di interessi, ma il termine medio: l'azionabilità di una fattispecie non procede direttamente dalla norma superiore, in una relazione eminentemente potestativa, ma deriva da una valutazione che la *lex*, per motivi che non tocca al giurista indagare, opera su di una determinata funzione, distinguendola rispetto alle altre e dotandola per questo di una specifica struttura⁽⁴⁴⁾. Un consenso specifico, finalizzato a una prestazione *in dandum* o *in faciendum*, è così presente in ogni fattispecie contrattuale astrattamente configurabile; è la norma superiore a stabilire

⁽⁴³⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 55 v. col. 2).

⁽⁴⁴⁾ « Si velis rationem iuris positivi quare est hoc quod ex solo consensu in obligationibus quae oriuntur ex solo consensu oriatur actio: potest esse ratio frequentia istorum contractuum: et simile vos habetis... ». La scarna giustificazione dei motivi che presiedono la scelta del testo romano di tributare due strutture così diverse a contratti eguali dal punto di vista funzionale ci dimostra come l'impegnativa terminologia del RÉVIGNY non possa addebitare a questo autore un positivismo giuridico *ante litteram*. Il suo scopo non è quello di definire l'azionabilità di talune fattispecie come risultato esclusivo di una determinazione positiva, ma quello di tenere distinte su una base logica scevra dalle contraddizioni del sistema dei *vestimenta* le fattispecie sono sanzionabili pienamente nel momento stesso del loro sorgere dalle altre, che ricevono tale qualità in virtù di un fatto successivo.

che, ove tale consenso si eserciti per perseguire la funzione tipica della vendita, esso sia da solo sufficiente a produrre la piena sanzione.

3. *Il punto di evoluzione della sistematica. Species contractus.*

3.1. *La critica all'auxilium legis e la nozione di species contractus.*

Si commetterebbe un grave errore prospettico, tuttavia, ove si ritenesse che le dottrine di Jacques de Révigny e degli altri Ultramontani siano improntate ad una concezione positivista dell'ordinamento, assolutamente estranea alla storia del medioevo. Il richiamo del giurista francese allo *ius impositum* non serve ad introdurre un astratto principio di legalità, tale da ridurre ogni esigenza di comprensione della materia dei contratti nei termini di una rigida corrispondenza tra i termini del regolamento privato d'interessi e il testo normativo. Esso è soltanto uno fra gli elementi di un più vasto apparato, finalizzato verso il tentativo di una *reductio ad unum* del sistema dei glossatori, condotta sulla cifra interpretativa della concezione funzionale del contratto. L'operazione di Jacques de Révigny non è il superamento ideologico della costruzione dei glossatori; essa non si realizza con la posizione di nuovi principi e di nuove definizioni, ma attraverso una nuova lettura delle relazioni che intercorrono fra i termini propri della struttura precedente. Lo scopo principale del giurista francese è nel fronteggiare le contraddizioni dell'architettura tradizionale, non nel sostituirla di fondamento gnoseologico.

Analizzando in modo più approfondito le dottrine del Révigny possiamo difatti scorgere come il ricorso al *dictum legis* sia ben lontano dall'essere un argomento creato per eliminare alla radice ogni necessità di una sistematica delle fattispecie. Al contrario, esso viene individuato per cercare una composizione ad una tra le principali antinomie del sistema dei glossatori — l'*auxilium legis* — e poi utilizzato per ottenere una nuova concettualizzazione del loro sistema.

Come abbiamo visto, il testo romano poneva ai glossatori il problema di quei *pacta* che, pur in assenza di un momento di

qualificazione autonomo, vengono gratificati della piena sanzione. Ipotesi dalla particolare evoluzione nel tessuto storico del diritto romano, quali la donazione o il *constitutum debiti*, che i primi *doctores* del diritto comune non possono ricomprendere semplicemente nell'alveo dei contratti consensuali poiché il consenso è quella *tenuis vestis* che non può attagliarsi altro che alle quattro fattispecie del diritto pretorio. Solo nel caso della compravendita, della locazione, del mandato e della società, difatti, il puro consenso è immediatamente obbligatorio, poiché dà vita ad azioni specifiche, ciascuna delle quali rappresenta esattamente gli obblighi delle singole parti.

Preclusa questa via, taluni apparati, come quello di Azone, si orientano a considerare questi casi come *fallentiae* del principio per cui *ex nuda pactio actio non oritur*, ponendo quindi la loro descrizione fuori dal sistema dei *vestimenta*. La *Glossa Magna*, all'opposto, individua per comprendervele un *vestmentum* apposito, il *legis auxilium* appunto, in cui trovano posto tutti quei casi in cui un patto, pur rimanendo nudo, produce tuttavia azione.

Un'argomentazione di cui abbiamo già avuto modo di verificare la breve fortuna nel rifiuto di Odofredo, che torna ad una razionalizzazione basata sulla diarchia tra *ius commune*, cui appartiene il sistema dei *vestimenta*, e *ius speciale*, ambito in cui hanno sede queste ipotesi eteronome. Possiamo ancora una volta verificare tutta la distanza che corre tra l'ultimo eponimo dei glossatori e il principale fra i *doctores ultramontani*. Mentre il primo respinge semplicemente l'*auxilium legis*, per riportarsi ad una rappresentazione fatta per non mettere in discussione l'integrità del sistema dei suoi predecessori, il secondo pone il *vestmentum* eteronomo della *Glossa* al vaglio di un'analisi più serrata, tale da mettere in luce le antinomie che esso produce a carico del sistema complessivo.

Contraddizioni gravi, secondo il Révigny, che procedono da più costanti argomentative, proprie della visione dei glossatori. Innanzitutto la concezione strutturale della relazione fra patto e *vestmentum*:

«...glossa resideat in hoc quod pactum nudum non quia pariat actionem vero vult lex quod pactum pariat actionem vestitum legis auxilio

quia nudum ab aliis vestimentis. sic venditio dicemus pactum nudum quia nudum a vestimento verbis aut literis et hoc esset ridiculum. » (45).

Se si accetta l'ottica propria dei primi maestri del diritto comune, occorre definire il patto nudo come quella struttura di accordo in cui il consenso è privo di un qualsiasi momento di qualificazione ulteriore. Data questa premessa, il Révigny critica la possibilità di vestire tali accordi ricorrendo all'apporto diretto con la *lex* in una prospettiva tutta endosistemica. Così definito, il patto nudo non si distingue da un punto di vista strutturale dalle fattispecie dei contratti consensuali; se si ricorre alla *lex* come momento di qualificazione di tali modelli, si dovrebbero qualificare nello stesso modo, di stretta conseguenza, anche discipline come la compravendita o la locazione, che si concludono e si perfezionano nel momento di formazione del consenso. Tutte le ipotesi contrattuali in cui il momento di qualificazione non è visibile come struttura autonoma rispetto al momento del consenso dovrebbero essere definite come patti vestiti del *legis auxilium*: una prospettiva risibile, per il giurista francese, che condurrebbe *ipso facto* alla distruzione del sistema dei *vestimenta*.

L'*auxilium legis* è, per questo autore, un elemento intrinsecamente antinomico:

« Si hoc dicas quod pactum vestitum legis auxilio non dicatur nudum contra quia dicit lex ex nudo pacto usure promisse actionem parit » (46).

Ove si sostenesse, difatti, che il patto provvisto del *legis auxilium* sia vestito, si contrasterebbe con il dettato specifico del testo romano, che puntualizza come ipotesi come quella della promessa di corrispondere le *usurae* sia sempre un patto nudo, malgrado produca azione in taluni casi tassativamente determinati.

Le contraddizioni a carico del sistema complessivo si manifestano anche seguendo la definizione opposta di patto nudo, totalmente versata sul lato funzionale:

(45) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri*, Ms. Leiden, D'Ablaing 2 in *l. Iurisdictionum ff. de pactis* fol. 129 va-b.

(46) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

« ...potest dici ex nudo pacto quia aliter esset nudum. si vero ex eo agitur vestitum est sed si dicis pactum nudum parere actionem videtur esse oppositio in adiecto quia si cum pactum inefficax ad agendum dicit nudum et sic esset dicere pactum inefficax ad agendum parit actionem... »⁽⁴⁷⁾.

Se si definisce il patto nudo non come struttura di consenso priva di un momento di qualificazione, bensì procedendo dalla caratteristica della non sanzionabilità, otteniamo il risultato maggiormente antinomico: un patto inefficace ad agire che produce azione. Da qualunque angolo prospettico lo si osservi, dunque, il problema degli accordi che producono azione pur essendo lasciati dal testo romano nei termini del semplice patto nudo non è risolvibile con l'immediato ricorso alla *lex* come fonte di qualificazione diretta.

Occorrono nuove risposte, e tali non sono certamente quelle di Odofredo, che ancora una volta prende atto della contraddizione che si apre nel sistema dei glossatori ma rimane incapace di staccarsi da quell'ottica, formulando così una tesi che porta il problema semplicemente fuori dall'architettura dei momenti di qualificazione, senza risolverlo. Il *doctor Ultramontanus*, alieno da remore consimili, individua un'argomentazione che intende affrontare la questione trattandola all'interno del sistema, giungendo ad una fondamentale ritraduzione delle relazioni che presiedono l'architettura dei *vestimenta*.

Il Révigny procede innanzitutto dalla constatazione dell'identità strutturale fra i nudi patti, siano o meno tributati d'azione dal testo romano e i patti vestiti *consensu*, come la compravendita o la locazione. Questa considerazione, che il giurista francese adopera come forte momento di critica nei confronti del *legis auxilium*, diviene anche l'elemento sul quale individuare un nuovo concetto, con cui superare ogni necessità di ricorrere alla *lex* come fattore immediato di qualificazione:

« ...donatio erat conventio nuda ante iustinianum voluit iussi quod ex pacto donationis posse agi. unde similiter venditio est conventio vestita quia contrahitur consensu sic et donatio. sic dico in aliis casibus ubi lex iuvat conventionem distinguendo eam et eam reponendo in speciem. unde

(47) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis* fol. 129 vb..

dico quod vestitur consensu donatio sic et venditio quia voluit iustinianus quod ex consensu donationis agetur sic et ex consensu venditionis. » ⁽⁴⁸⁾.

Nello schema ricostruttivo del Révigny, la donazione e la compravendita sono entrambi accordi che si concludono con il momento del consenso, senza la necessità di una forma particolare o l'anticipo di una prestazione. La donazione, semplicemente, è stata riconosciuta come contratto consensuale in un periodo posteriore rispetto alla compravendita, grazie alla statuizione di una *lex* specifica. La norma dell'ordinamento superiore non assicura l'azionabilità della fattispecie in termini puramente potestativi, bensì distinguendo una determinata ipotesi di accordo rispetto alle altre astrattamente configurabili e collocandola in una specifica *species contractus*.

Risiede in questa nozione la prima svolta sistematica del giurista francese. Mediante questo concetto, il Révigny trasforma la qualificazione dell'accordo da relazione strutturale, secondo l'ottica propria dei glossatori, in una relazione totalmente funzionale. Un radicale mutamento di prospezione interpretativa, rispetto al quadro dei glossatori. Per questi autori la norma dell'ordinamento superiore ha l'ufficio di individuare il *vestmentum* di cui l'accordo deve essere provvisto per determinare un dato assetto di tutela alle posizioni giuridiche delle parti. In taluni casi, segnatamente quelli vestiti dell'*auxilium legis*, essa interviene tra i momenti costitutivi della fattispecie, assumendo direttamente il ruolo di fattore di qualificazione dell'accordo.

In questi termini il sistema dei glossatori riunisce in un solo concetto, il *vestmentum*, ogni giudizio circa la struttura e la funzione del contratto: ciascun momento di qualificazione connota di sé la fattispecie genetica del contratto, determinando la disciplina di tutela delle situazioni giuridiche da esso risultanti e quindi identificandone la funzione.

La nozione di *species contractus*, per come definita dal Révigny, tende a riportare la valutazione della funzione del contratto su di un piano diverso e autonomo rispetto a quello della struttura. Su un

⁽⁴⁸⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis* fol. 129 vb.

primo profilo, quello della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, la *lex* rende autonomo un determinato regolamento privato, prediligendolo rispetto ad altri possibili, e gli concede pertanto la piena tutela dell'azione. Sul secondo profilo, l'ordinamento detta gli elementi costitutivi della fattispecie procedurale di formazione del contratto, senza porre questo fattore in una stretta relazione con il precedente.

Viene quindi a spezzarsi il rigido legame che i glossatori ponevano tra questi due termini definitivi, che nel loro sistema costituiscono gli elementi di fondazione logica del concetto di *vestmentum*. Si ottiene così una fondamentale discontinuità con la sistematica dei glossatori. Questi debbono sempre e comunque ricondurre l'azionabilità di un accordo alla presenza di un *vestmentum* o, altrimenti, accettare che queste ipotesi si pongano fuori dal sistema degli atti negoziali. Per Jacques de Révigny, al contrario, è pienamente consentaneo al sistema che non tutti i patti che producono azione siano raffigurabili come patti vestiti:

« alii dicunt quod in omnibus istis undecim casibus vestitur pactum legis auxilio. dico in aliquibus istorum casuum. dicis quod sunt pacta vestita in istis casibus ubi tota species iuvatur per legem. »⁽⁴⁹⁾.

Solo quei regolamenti di interessi le cui funzioni sono giudicate meritevoli dall'ordinamento ed elevate a *species contractus* sono effettivamente *vestiti*. In questi casi, difatti, la *lex* promuove talune convenzioni alla piena tutela non solo conferendo l'azionabilità, ma ponendo questa come risultato di una determinata fattispecie procedurale.

In altri casi il ruolo della *lex* è intrinsecamente diverso:

« si vero *lex* non constituit speciem contractus sed iuvat in uno casu. non distinguo speciem contractus ad dando solus ei actionem. dico quod est pactum nudum non vestitum ut in usuris civitati nudo pacto conventis et in similibus. »⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽⁵⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

Talune ipotesi vengono provviste di tutela dall'ordinamento senza che questo si traduca nel collocarle in una data *species contractus*; esse non sono vestite, poiché il carattere dell'azionabilità non è riconducibile alla fattispecie genetica, ma attribuita in via eccezionale dalla *lex*, in via del tutto indipendente rispetto alla struttura del contratto.

Il *vestmentum* non è più, come nella visione dei glossatori, un dato strutturale fatto per aderire e connotare di sé la precedente struttura del consenso. Nel modello ricostruttivo del Révigny esso è piuttosto l'indice di una valutazione che l'ordinamento fa a carico del regolamento privato d'interessi: nel momento in cui quest'ultimo viene giudicato meritevole esso costituisce una *species contractus*, totalmente soggetta ad un determinato *vestmentum*:

« Nam illud est pactum vestitum quando ad totam speciem relictum refertur vestitum, non tantum ad aliquem casum specialem » ⁽⁵¹⁾.

Le conseguenze a carico del sistema dei glossatori non sono di poco momento. Il *legis auxilium* veste difatti il patto solo in taluni casi determinati, che entrano in questa categoria nella loro singolarità. I glossatori ammettono in questo *vestmentum* tutte quelle ipotesi la cui azionabilità, pur dichiarata dal testo romano, non sia riconducibile a un momento di qualificazione quale la *formula verborum* la *scriptura*, il *consensus* o la *datio rei*. In quest'ottica, l'interprete è chiamato a verificare, per ogni ipotesi di patto cui il testo romano accordi la piena sanzione, se sia presente uno di questi momenti di qualificazione; in caso contrario la situazione di piena tutela della fattispecie andrà ricostruita *aliunde*.

Un'operazione che va condotta caso per caso, secondo la logica strutturale propria dei glossatori. Diversa è la risposta del giurista francese, che procede da una prospettiva totalmente funzionale. Seguendo questa impostazione occorre verificare innanzitutto quali funzioni contrattuali l'ordinamento decida di tutelare in sé e per sé, elevandole a *species contractus*:

« Dico quod in quibusdam casibus enumeratis non fallit regula, quia

⁽⁵¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis, in l. Legem C. de pactis* (fol. 56. r. col. 1).

species et contractus constituitur per legem. Diceres tu quod speciale est in venditione quod ex nudo pacto oriatur actio non quia venditio est species contractus. Ante legem iustiniani donatio erat pactum nudum sed post legem iustiniani infra de dolo l. si quis argentum est species contractus. et idem dico de dote et de constituto. unde dico in illis non recte instari. immo sunt species contractus tardius districti quam venditio vel alius contractus unde non est istandum in istis. » (52).

Ogni *species* viene individuata in uno specifico *vestmentum*, talché ogni singola ipotesi comunque riconducibile a quella specie rimane caratterizzata in quella determinata fattispecie genetica. L'esatto opposto si verifica in quei casi che la *lex* decide di tutelare nella loro individualità:

« ...sed in certis casibus ubi iura non constituerunt species contractus ut in usuris nudo pacto civitati promissis dico certe instandum. unde in casibus illis ubi constituit ius species est contractus et operatur totam speciem non recte instatur. unde asininum est instare in donatione in modico quia donatio contractus est: distinctus est sicut venditio licet tardius sit constituta. » (53).

La donazione è una *species contractus*; come abbiamo già avuto modo di vedere, essa è nel modello del Révigny, una fattispecie vestita del consenso. Date queste premesse, non occorre verificare se talune ipotesi di donazione non si contraggano piuttosto con la *datio rei* o con un altro *vestmentum*: in quanto *species* qualificata nel consenso, ogni volta che le parti si accordino su questa determinata funzione, il patto è efficace ed obbligatorio nel momento in cui il consenso si forma. Il patto con cui si promette di corrispondere delle *usurae* su un debito pregresso, al contrario, non ricade in una *species contractus*; anch'esso si conclude nel momento in cui si stringe il consenso, ma poiché esso rimane un patto nudo, non perché sia *vestito* del consenso.

La conseguenza sistematica è netta: a differenza che per la donazione, non tutte le ipotesi di promessa delle *usurae* sono azionabili, ma solo quella specificamente indicata dal testo romano,

(52) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura Codicis, in l. Legem C. de pactis* (fol. 55. v. col. 1).

(53) JACQUES DE RÉVIGNY, *ult. loc. cit.*

che ha per creditore la *civitas*. Tutti gli accordi aventi questa medesima funzione rimangono sempre allo stadio di patti nudi: in questo caso specifico l'ordinamento superiore concede la piena tutela.

3.2. *La centralità del nuovo strumento nell'edificazione della tipologia contrattuale.*

La nozione di *species contractus*, una volta isolata sul terreno della critica all'*auxilium legis*, fonda un modello di classificazione delle fattispecie che da Jacques de Révigny si trasmetterà, con poche modifiche sostanziali, al suo allievo Pierre de Belleperche e, ulteriormente, all'esperienza di Cino da Pistoia. Di esso siamo ora chiamati a delineare i tratti complessivi, cercando di mettere in luce la trama sottile di continuità e differenze che lo pone in relazione con la sistematica dei tardi glossatori.

Individuando la complessa architettura dei *vestimenta*, questi autori rendono autonomo il ruolo dei diversi momenti di qualificazione, rappresentando la totalità delle fattispecie su un terreno unitario. Ogni *vestmentum*, in linea di principio, ha una valenza eguale a ciascun altro; condizione, questa, di minima esistenza del sistema. Le differenze strutturali fra le fattispecie vengono recuperate su un altro terreno, quello della diarchia tra contratti di *ius civile* e contratti di *ius gentium*, in una tipologia trasversale al sistema dei *vestimenta*.

I tardi glossatori riuniscono sul lato dello *ius gentium* quei momenti di qualificazione che raffigurano il contenuto obbligatorio del contratto, tenendoli distinti da quelli che, al contrario, rendono sanzionabile il consenso delle parti a prescindere da questo. Tale seconda categoria è appunto quella dei contratti *iuris civilis*, una classe che i giuristi pienamente calati nell'ottica dei *vestimenta* isolano a partire dal dibattito sull'*auxilium legis*.

Nell'apparato definitorio di questi giuristi, difatti, l'analisi di quelle fattispecie che il testo romano lascia negli angusti limiti del nudo patto e tuttavia gratifica dell'azione si lega in modo inscindibile al più ampio problema offerto dai contratti *legibus confirmati*, che esauriscono l'ambito delle fattispecie promananti dallo *ius civile*. In entrambi i casi la *lex* ha un ruolo determinante: nelle ipotesi della

prima specie — esempio privilegiato la donazione — essa fa nascere una tutela che non dovrebbe altrimenti esistere; nel secondo essa conferisce una tutela che non è in perfetta relazione di consequenzialità rispetto al contenuto obbligatorio del contratto. Gli esempi principali, per questa seconda categoria, sono dati dal contratto verbale e dal contratto letterale, i modelli di contratto astratto dell'antico diritto. Lo schema della *confirmatio* serve ai glossatori per spiegare l'immediata efficacia dell'obbligo di pagare una somma assunto da chi, con lo stesso negozio formale, afferma di averla ricevuta a titolo di mutuo, malgrado questa non gli sia stata effettivamente corrisposta.

Nell'ottica dei glossatori, questa caratteristica non può essere ricostruita altrimenti che sulla base di una qualificazione operata dalla *lex*; la *confirmatio a lege* diviene pertanto il criterio sul quale isolare quelle fattispecie la cui struttura di tutela non conduce automaticamente alla cognizione del rapporto obbligatorio sottostante⁽⁵⁴⁾. Queste occupano l'ambito concettuale dello *ius civile* e sono tenute distinte da quelle definite di *ius gentium*, nelle quali, al contrario, la pretesa di una parte non può essere tutelata altro che portando in giudizio l'intero rapporto obbligatorio derivante dal contratto. Tale distinzione è consustanziale al sistema dei glossatori: essi sono costretti da un lato a costruire un'architettura di momenti di qualificazione fra loro indifferenziati nel peso sistematico per riportare su una base unitaria l'eterogeneità dei modelli contrattuali romani; dall'altro recuperano sulla diarchia tra *ius gentium* e *ius civile* quelle differenze tra le fattispecie che verrebbero inevitabilmente perse in questa tessitura uniforme dei *vestimenta*.

Una parte importante della tipologia dei glossatori, come abbiamo già visto, si edifica su questi due momenti di classificazione, posti tra loro in una relazione univoca: ogni *vestmentum*, ogni struttura genetica di contratto appartiene all'uno o all'altro *ius*. Segnatamente, le fattispecie *iuris gentium*, come la compravendita o il mutuo, sono quelle la cui struttura appare intrinsecamente obbligatoria; l'apporto della norma superiore assume un rilievo partico-

(54) L'emersione del rapporto sottostante può essere effettuata dal debitore attraverso il rimedio limitato dell'*exceptio non numeratae pecuniae*, quindi con una tutela postergata nel grado rispetto a quella del creditore.

lare in una serie di ipotesi che i glossatori ritengono, anche sulla scorta di precisi riferimenti del testo romano, *introductae a iure civili* ⁽⁵⁵⁾.

Un insieme piuttosto eterogeneo, che affianca alle due latissime figure dell'*obligatio verbis* e dell'*obligatio literis* altre due ipotesi più circoscritte, l'enfiteusi e la *sponsalitia largitas*. Queste ultime sono presentate dal testo romano come il prodotto di una statuizione imperiale. Il *doctor antiquus* non può cogliere, come abbiamo visto, questo dato nella sua prospettiva storica: lo *ius novum* diviene perciò un dato che può essere compreso solo in termini di struttura, sottolineando il ruolo che la *lex* ha nella qualificazione di tali ipotesi.

Il *doctor modernus* si serve proprio del dato che il glossatore non poteva considerare per contestare radicalmente la sua tesi sulle fattispecie di *ius civile*:

«...dictum potius quod esset stipulatione de iure gentium quia lex dicit acceptilatio est de iure gentium et stipulatio ante fiat quam acceptilatio. quare non est dictum quod posteriore iure gentium sit stipulatio introducta et quod acceptilatio sit de iure gentium ... » ⁽⁵⁶⁾.

Un testo che va analizzato attentamente. In esso il Révigny esplicita il carattere su cui si fonda la rappresentazione dei glossatori: l'antecedenza storica dello *ius gentium* sullo *ius civile*. Su questa base egli rileva la contraddizione che si aprirebbe nelle fonti, ove si adoperasse lo schema proprio di questi giuristi, tendente a riportare in termini di struttura la differenza tra questi due ambiti. La stessa *lex romana* afferma difatti che l'*acceptilatio*, il negozio formale con cui un soggetto rimette un debito ad un altro, dichiarando di averne ricevuto il pagamento, proviene dallo *ius gentium*; allo stesso tempo essa chiarisce che, in quanto contratto verbale, essa deriva la sua struttura dalla *stipulatio*, fattispecie *de iure civili*.

Si palesa quindi inane il tentativo di ricondurre ogni singola struttura di *vestmentum* ad un dato ambito normativo, dal mo-

⁽⁵⁵⁾ Il riferimento è alla *l. Ex hoc iuregentium ff. de iustitia et iure*, che abbiamo già esaminato a proposito dei glossatori.

⁽⁵⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Legitima ff. de pactis* fol. 129 ra.

mento che la medesima fattispecie viene ascritta variamente dal testo all'uno o all'altro *ius*. Fallace risulta anche desumere le fattispecie *iuris civilis* dal tipo di vincolo che esse instaurano:

« Si vellem possem omnia ista negare: probens enim quod stipulatio introducta iure civili hoc probatur sic quod dicit lex quod qui obligatur stipulatione civiliter obligatur infra Inst. de actionibus § de constituta. sic in venditione civiliter obligatur et non naturaliter et in stipulatione similis civiliter et naturaliter ut infra de conditione indebiti l. si fideiusor... »⁽⁵⁷⁾.

In ogni fattispecie dotata di azionabilità le parti si obbligano *civiliter et naturaliter*. Ne consegue l'impossibilità di assicurare una rilevanza strutturale alla distinzione, che non può essere ricostruita né partendo dal modello genetico delle fattispecie, né a partire dal dato dell'obbligazione. Considerazioni che non costituiscono un problema per il *doctor ultramontanus*. La nozione di *species contractus*, difatti, rappresenta di per sé la sintesi delle valutazioni che i glossatori riportano sui diversi piani offerti dai *vestimenta* e dalla diarchia fra *ius gentium* e *ius civile*.

Basti osservare il pensiero del Révigny sul punto del contratto letterale. Per i glossatori il chirografo è pacificamente un contratto di *ius civile* poiché solo l'apporto della *lex* può giustificare la produzione di effetti obbligatori astratti rispetto alla realtà delle relazioni intercorrenti tra le parti. Per il giurista francese il ruolo della norma superiore consiste, come nel caso delle fattispecie precedentemente definite sulla scorta del *legis auxilium*, nell'individuare una *species contractus*:

« Item dicunt ipsi obligatio literarum introducta est iure civili ut in Inst. de obli. literarum quod obligatio literarum sit introducta [iure] imperatoris non iure pandectarum. probo iure pandectarum sic dividebatur obligatio aut est re aut verbis aut consensu. non erat enim membrum literas ut infra de actionibus et obligationibus l. prima quia secundum illa iura non erant literae modus inducendae obligationem. immo obligatio literarum erat pactum nudum. »⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽⁵⁸⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

Egli pone a confronto due testi, uno proveniente dal Digesto, l'altro dalle Istituzioni. Nel primo si afferma che le obbligazioni nascono *re, verbis* o *consensu*; solo nel secondo si menzionano le *literae* come modo di costituzione del vincolo. Una tale considerazione non deve condurci a vedere nel Révigny l'anacronistico portatore di istanze filologiche o storicistiche nell'approccio al testo romano. Il *doctor ultramontanus* non fa altro che rilevare l'ennesima contraddizione che si apre nella configurazione alluvionale del testo giustiniano ove si seguisse la prospezione ricostruttiva dei glossatori, totalmente finalizzata a riportare su un ambito normativo specifico le particolarità della struttura obbligatoria dei diversi modelli negoziali.

L'approccio funzionale, centrato sulla nozione di *species contractus*, risolve per definizione questa antinomia. In questo modello il ruolo della norma superiore è nel condurre le *literae* da elemento indifferente per la produzione dell'obbligazione a fattore di qualificazione del consenso. In questo senso, il giurista francese trasforma ciò che i giuristi precedenti accettavano come un dato imprescindibile — la forza obbligatoria dello scritto — in un problema. I glossatori non dicono che il *vestmentum literis* sia posto dalla legge; essi evidenziano come, all'interno di questa procedura di formazione del contratto, la *lex* assume un ruolo di qualificazione maggiore che in altri *vestimenta*. Per il Révigny, al contrario, l'obbligazione letterale ricava le sue caratteristiche particolari per essere derivazione del comando del legislatore che, ancora una volta, ammette alla piena tutela una tra le infinite funzioni negoziali possibili, sanzionandone tutte le peculiarità.

La nozione di *species contractus* non è quindi solo un rimedio limitato a risolvere i problemi posti dall'artificiosità del *legis auxilium*, un novero nel quale i glossatori racchiudevano esclusivamente ipotesi strutturalmente fondate sul consenso, senza poter fare di questo elemento il fulcro della loro qualificazione; esso si pone come concetto essenziale per comprendere anche la realtà di quelle fattispecie che trovano la loro azionabilità in un momento di qualificazione diverso e pienamente autonomo, come le *literae*, rispetto al consenso.

Ancora una volta, tuttavia, l'intento del Révigny non è quello di riportare il problema della qualificazione delle fattispecie su una

concezione positivistica fuori dal tempo in cui vive. Il ruolo della norma superiore nell'individuazione della *species contractus* è l'unico modo che il giurista francese ha a disposizione per comporre le disorganicità della costruzione dei glossatori:

« ...uno modo dicitur obligatio id est contractus de iure civili quia ius civile praebeat ei efficaciam et sic obligatio litteras inducatur iure civili. alio autem modo dicit contractus de iure civili quod ius civile reponit eum in speciem non quia ius civile praebeat ei efficaciam isto modo dicit contractus emphyteuticus de iure civili... » ⁽⁵⁹⁾.

Nell'ambito dello *ius civile*, come abbiamo già messo in luce, i *doctores antiqui* riuniscono due realtà molto diverse: quella dei *vestimenta verbis et literis* — quindi di due fattispecie procedimentali di formazione del contratto abili a recepire i contenuti più diversi — e quella di due contratti specifici nella struttura obbligatoria, quali l'enfiteusi e la *sponsalitia largitas*. In tal senso, il ruolo esercitato dalla *lex* nella qualificazione di queste ipotesi è, per definizione, eguale.

Il Révigny, con un'argomentazione che va letta in relazione ai risultati della sua analisi sul *legis auxilium*, ridefinisce i termini di questo apparentamento, tenendo distinti i due campi di ipotesi. Nel primo la *lex* individua nel dato formale della scrittura, come in quello dei *verba*, un *vestmentum*, una fattispecie genetica che, come tale, può essere comune a diverse *species contractus*, esattamente come il consenso riunisce fattispecie tra loro estremamente differenti come la compravendita o la donazione. Nel secondo, essa isola due *species* determinate nel loro lato funzionale, assicurando una tutela a delle ipotesi che non possono essere sussunte in altre *species* precedentemente individuate:

« sponsalitia largitas est species contractus. Debetis scire quod sponsalitia largitas proprie est donatio quae conferit sponsum sponse similis si accipite sponsalitia largitas donatio propter nuptias quae dandam contra dotem et sic accipite [...] ut sponsalitia largitas et imo est species contractus quia ius civile separavit eam ab aliis donationibus propter unam proprietatem... » ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽⁶⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit. Perfettamente in linea con il dettato del testo

Una qualità particolare di questo negozio — il fatto che tale *donatio* viene posta in essere *pro aequalitate dotis*, come diceva la *Glossa* — è sufficiente a vedervi una *species contractus*, una determinata struttura contrattuale fatta per regolare uno specifico regolamento d'interessi.

Il giurista francese capovolge quindi i termini dell'operazione definitoria dei glossatori. Questi intendevano il ruolo della *lex* secondo due modelli diversi e alternativi, l'*auxilium legis* e la *confirmatio a lege*, sottolineando come nel primo caso la norma superiore intervenisse in via eccezionale per assicurare una tutela a ipotesi che, in via ordinaria, non avrebbero dovuto esserne provviste. Il secondo ambito, al contrario, ospita quelle ipotesi che, pienamente intranee al sistema, debbono tenersi distinte da altre, partecipi di una diversa struttura: ciò comporta che in questa classe i glossatori riuniscano modelli fra loro intrinsecamente dissimili.

Il *doctor modernus* da un lato ribadisce le differenze strutturali che intercorrono tra la posizione di un *vestmentum*, quindi di una fattispecie genetica che può caratterizzare di sé ipotesi contrattuali le più diverse quanto al concreto assetto d'interessi che vi viene versato dalle parti, e la individuazione di specifiche configurazioni negoziali, quali l'enfiteusi o la *sponsalitia largitas*. D'altro lato, egli comprende ogni opera di qualificazione da parte della *lex* nella categoria della *confirmatio*, ponendo all'interno del sistema anche ciò che, per i glossatori, non poteva assolutamente entrarvi:

« unde dico quod nec de ille conventiones quattuor sunt de iure civili. stipulatio contractus enphyteuticus et cet. immo omnes undecim casus ubi agitur ex nudo pacto possunt dici conventiones de iure civili... ».

Jacques de Révigny riduce così in una relazione unitaria ciò che i giuristi precedenti ponevano in due categorie separate. I glossatori, difatti, concepivano il dato della qualificazione innanzitutto nella sua valenza strutturale, per poi desumere da questa l'appartenenza della

romano e con le dottrine dei glossatori la descrizione della *ratio specialitatis* del contratto di enfiteusi: « dicunt quod post legem Zenonis erat contractus emphyteusis efficax sic hodie est, sed dubitabatur quis contractus esset. Quidam dicebant quod erat emptio et venditio, quidam quod locatio. Zeno reposuit ipsum sub certa specie alia a predictis ».

fattispecie allo *ius civile* o allo *ius gentium*. Il giurista francese, valutando le fattispecie in una prospettiva eminentemente funzionale, osserva con precedenza il dato della relazione fra modello contrattuale e ordinamento, per derivare da questa la struttura del singolo negozio.

4. *La tipologia degli Ultramontani.*

4.1. *La valenza del concetto di species contractus.*

Il concetto di *species contractus* è dunque il fulcro della costruzione del Révigny. Esso consente di ridurre ad una più stretta unità sistematica la pluralità di criteri con cui i tardi glossatori ebbero a costruire l'architettura dei *vestimenta*. Ne abbiamo appena saggiato gli effetti su uno dei punti qualificanti su cui poggia tale costruzione: la distinzione tra patti ammessi alla sanzione sulla scorta del *legis auxilium* e quelli che godono di piena tutela sulla base della *confirmatio a lege*. Utilizzando questa nozione, il giurista francese ridefinisce i termini della qualificazione di una fattispecie da parte della norma dell'ordinamento superiore, delimitando diversamente l'ambito dello *ius civile*.

Per il *doctor ultramontanus* la legittimazione di una fattispecie da parte della *lex* non costituisce più una risposta eccezionale, tale da dover essere circondata di mille cautele; non è più l'unica risorsa abile a dar conto di come talune ipotesi riescano ad essere dotate di azione pur ponendosi fuori dal sistema dei *vestimenta*, o di come altre fattispecie, perfettamente insite nella costruzione, riescano a tutelare posizioni che non trovano titolo nella normatività dei fatti. Il ruolo di qualificazione della norma superiore era, presso i tardi glossatori, un oggetto da maneggiarsi con circospezione, poiché potenzialmente eversivo del sistema: se si accetta che l'azionabilità di talune fattispecie può essere ricondotta direttamente alla norma superiore, ben si potrebbe estendere questo schema a *ratio ultima* della comprensione di tutti i modelli contrattuali possibili, svuotando di significato l'architettura dei *vestimenta*.

Una razionalizzazione lontanissima dai valori della cultura medievale; come tale essa è estranea anche al modello del Révigny e degli altri Ultramontani, il cui intento non consiste nel forzare la

costruzione degli autori precedenti nei limiti angusti di un'ideologia sconosciuta al loro tempo, ma nell'inverarne, al contrario, le potenzialità di rappresentazione della complessa realtà dei contratti. In questo senso, il concetto di *species contractus* costituisce lo strumento utile per portare la *lex* ad elemento di edificazione di un sistema che comunque si sviluppa su modalità estranee ad essa, lontano da una visione positiva del momento di qualificazione del consenso.

Anche per il Révigny risulta impossibile costringere tutta la rappresentazione delle fattispecie contrattuali sul dato offerto dalla *lex*: una circostanza di cui abbiamo già trovato un primo riscontro nella sopravvivenza della nozione di *vestmentum* che, lungi dal costituire ossequio formale alle dottrine dei glossatori, è idea viva e dibattuta, oggetto di una ridefinizione che la rende comunque indispensabile alla costruzione ultramontana. La concreta disciplina di ogni ipotesi contrattuale si misura così in una dialettica sempre più serrata fra questi due termini, il *vestmentum* come indice strutturale e la *species contractus*, come indice funzionale.

L'approccio del giurista francese è nel rileggere la costruzione dei glossatori isolando nuove relazioni tra i termini consentanei a quella sistemazione. Possiamo trovarne ulteriore dimostrazione nell'importanza mantenuta dalla categoria dello *ius gentium* presso il Révigny:

« Quaero quare non repudietur ista divisio in legitimis conventionibus sic et in conventionibus iurisgentium. ut dicemus conventionum quae sunt iuris civilis quaedam pariunt actionem quaedam non sed exceptionem tantum. dicunt ipsi ius civile fabricavit actiones ut supra de origine iuris l. secunda § dictum. Ex hiis proprias filias voluit parere ab omnia et imo ius civile omnibus conventionibus civilibus dedit efficaciam agendi, sed filias illicitas scilicet conventiones iuris gentium non ita curavit et imo quibusdam dedit efficaciam agendi quibusdam non. » ⁽⁶¹⁾.

Un testo provvisto di una sua ellittica chiarezza. In piena continuità con le dottrine dei glossatori, il Révigny sottolinea la differenza fondamentale che intercorre tra l'ambito dello *ius civile* e

⁽⁶¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis*, fol. 129 rb.

quello dello *ius gentium*: gli accordi del primo tipo sono per definizione provvisti del grado più alto di tutela, quelli del secondo possono, a seconda dei casi, essere azionabili o dar luogo semplicemente all'eccezione. L'esigenza di distinguere tra fattispecie dalle quali nasce una pretesa esperibile in giudizio e fattispecie che, restando in un ambito inferiore di giuridicità, possono costituire soltanto il titolo per impedire l'azione avversaria è una precondizione ineliminabile del sistema. Oltre che essere imposta dal testo romano, essa è il cardine primario sul quale si basa la comprensione del fenomeno contrattuale da parte del giurista di diritto comune, per il quale il *pactum* è comunque un fenomeno giuridico che esiste anteriormente ad ogni prospettiva di qualificazione.

Ove si rifiutasse la distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, per riportare l'esistenza di un qualsiasi accordo sulla sua previsione da parte della norma superiore, occorrerebbe o escludere la *summa divisio* fra patti validi all'azione e patti validi soltanto all'eccezione o, altrimenti, riportarla all'interno dell'unica categoria superstite, quella dello *ius civile*. La prima opzione è impossibile, poiché condurrebbe a un sistema contrattuale non già *tipico*, bensì *tassativo*, quindi lontanissimo dalle corde profonde del diritto comune; la seconda è parimenti impossibile, poiché lo *ius civile* è il terreno sul quale si produce («*fabricavit*») il fenomeno stesso dell'azione: nel momento in cui questo ambito normativo individua una determinata fattispecie essa è pienamente tutelabile e non può porsi all'interprete alcun dilemma tra tutela in via attiva e tutela in via d'eccezione.

È così che anche il Révigny, con un'elementare metafora, accetta la distinzione tra fattispecie che provengono da due ambiti normativi distinti in termini non dissimili da quelli in cui si muoveva l'analisi dei glossatori: lo *ius civile* costituisce i modelli negoziali ad esso riferibili, mentre lo *ius gentium* riconosce e dà tutela a degli accordi che esistono su di un piano anteriore. Intesa in questi termini, la categoria dei contratti *iuris gentium* si presenta ancora come una classe definita in negativo rispetto a quella dello *ius civile*, che, al contrario, è esattamente determinata nella sua estensione.

L'apporto del giurista francese non tocca così l'individuazione delle categorie concettuali che presiedono alla classificazione delle fattispecie contrattuali. Gli esiti della visione funzionale del modello

contrattuale, che caratterizza la riflessione degli Ultramontani, si manifestano altrove, sulla ridefinizione dei criteri tipologici interni alla classificazione. L'oggetto principale di riflessione è, sotto questo profilo, il terzo pilastro della tipologia dei glossatori: il *nomen*.

Lungamente dibattuto dai primi maestri del diritto comune⁽⁶²⁾, il *nomen* è il criterio sul quale distinguere le fattispecie in cui conclusione e perfezionamento coincidono da quelle in cui la piena tutela avviene solo con l'inizio dell'esecuzione, quindi con un fatto concludente posto in essere da uno solo fra i soggetti del contratto. Come abbiamo visto, la *Glossa* distingue tra i contratti provvisti di un *proprium nomen* da quei contratti dotati di una denominazione generica. Il *nomen* è specifico allorché, come nel caso della compravendita, raffigura la struttura obbligatoria del negozio, descrivendo la posizione obbligatoria di ciascuna parte; in caso contrario, come nell'ipotesi della *permutatio*, il *nomen* è generico⁽⁶³⁾.

Questa concezione del *nomen contractus* è una conseguenza immediata dell'approccio strutturale dei glossatori. Nella loro ottica, il dato da apprezzare con precedenza rispetto agli altri è quello della rilevanza del *vestmentum* nella struttura complessiva del contratto. Se esso interviene nel tessuto del consenso fin dal momento del suo sorgere, caratterizzandone la fattispecie genetica, il contratto è *nominato*. Il *nomen* è, in questo senso, termine descrittivo della struttura del negozio; su questa base i glossatori possono sciogliere facilmente il problema offerto dalla permuta, contratto che il testo

(62) Il RÉVIGNY riporta la posizione di GIOVANNI BASSIANO: « Iohannes dixisse ille sunt nominate quae contrahuntur consensu et habent efficaciam consensu et imo do ut des cum non habeant efficaciam consensu non dicuntur nominata. sed contra (hodie) enim mutuum est nominata conventio et non contrahitur consensu. dicit glossa ad istam quaestionem ille sunt nominatae quod quando [...] fiunt paruum actionem ...sic non est in permutatione imo innominata est.. ista ratio non est bona quia non reddit rationem ...imo doctores dicunt ...ut sit ratio ad propositum ». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis*, fol. 130 vb.

(63) « ...illa dicuntur nominata quia habent nomen suum proprium quod non potest convenire aliis contractibus ut venditio. sed do ut des potest adaptari venditione et locatione. imo si habent nomina non habent nomina sua propria. sicut ille quales dicuntur nominatas non video qualiter permutatio non sit cum proprium nomen. sic venditio imo dicamus aliter et et ... Io. istud intellexit et dicis nos quod (imo) in similibus intellexisti quae consensu contrahuntur sunt nominatae ». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis*, fol. 130 va.

romano provvede comunque di una denominazione, pur lasciandolo nei limiti del modello innominato. *Permutatio* è, per i glossatori, una denominazione che non individua la struttura del contratto, non descrivendo la singolarità delle posizioni giuridiche risultanti.

Il giurista francese ridefinisce questo termine all'interno di una relazione tutta fondata sulla funzione del contratto:

«...aliter dico ille dicuntur nominate quia habent efficaciam. sic dicimus iste hodie est magnum nominis quando est hodie magni valoris. et dicimus iste hodie est sine nomine licet nominemus sic et sic. dicimus sine nomine quia non est..magni valoris. sic ille dicuntur nominatae quia distinguuntur ab aliis et habent efficaciam. sed alie et si sunt nominate inefficaces sunt et dicuntur sine nomine ut infra de rerum permutatione l. prima »⁽⁶⁴⁾.

Il *nomen* si definisce ora nella caratteristica dell'efficacia, della piena sanzionabilità del regolamento di interessi: un contratto è nominato allorché l'ordinamento ne giudica la funzione come di valore rilevante. Il risultato di questa valutazione, che l'ordinamento conduce esclusivamente sul dato funzionale, porta ad avere quelle caratteristiche che, per i glossatori, erano diretta conseguenza delle particolarità strutturali: la netta distinzione della disciplina del contratto da altre consimili e la piena tutela delle pretese derivanti. Inteso come puro atto di denominazione, il *nomen* non ha alcuna rilevanza, per il *doctor ultramontanus*. Una ipotesi contrattuale può anche essere tributaria di un nome, datole dal testo romano come dalla prassi del tempo in cui egli vive, ma non è *nominata* nel vero senso del termine se l'ordinamento non l'ha tutelata specificamente riconoscendone le peculiarità funzionali.

La riflessione sul *nomen* ci consente di porre in luce il delicato equilibrio di continuità e differenze che rapportano l'apparato concettuale del giurista francese alle dottrine dei tardi glossatori. Misurato sul concetto di *efficacia*, il *nomen* risulta un termine definito in totale discontinuità con l'accezione datane dai glossatori, per come possiamo vedere attraverso l'analisi del Révigny di un punto già esaminato ad altri fini:

(64) JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

«...unde adeo non curavit lex de illis innominatis nec adeo distincte sunt sicut ille quae sunt nominate per istam rationem salvare potestis glossam. olim dicit glossa donatio erat contractus innominatus hodie est nominatus. sed ...olim vocabatur donatio et hodie donatio. glossa ...non possit salvari quia in predicto quod illa dicuntur nominata quia habent efficaciam de se... » (65).

La *Glossa* rendeva la vicenda storica della donazione, più volte illustrata, nei termini di una trasformazione di questo modello da fattispecie innominata a contratto nominato. Il giurista francese pone in luce come questa visione possa essere in linea di principio esatta, ove si proceda da una concezione del *nomen* che privilegia il dato funzionale, centrandosi su una diversa riconoscibilità delle fattispecie da parte dell'ordinamento. Se al contrario si pone alla base della classificazione una concezione strutturale del *nomen contractus*, non si riesce a cogliere l'evoluzione della fattispecie, la cui struttura rimane pur sempre eguale, al pari della sua denominazione. Questo esempio ci rende palese come nell'apparato del Révigny il *nomen* sia un concetto equivalente a quello di *species contractus*: esso individua la primazia che determinate fattispecie assumono, sulla base della loro funzione, dal punto di vista dell'ordinamento superiore.

Tale identità non si spinge, tuttavia, ad annullare la distinzione fra *ius civile* e *ius gentium*. In piena continuità con la sistematica dei glossatori, il giurista francese afferma l'operatività di questa nozione solo sul secondo di questi due ambiti, unico contesto in cui si possano distinguere le fattispecie *nominate* da quelle *innominate*:

« Sed quae sunt quod in speciale nomen non transeunt dicuntur innominate ut sunt illi quattuor contractus innominati. do ut des do ut facias et cetera. et in istis conventionibus iuris gentium innominatis non statim oritur actio, sed tunc cum subest causa » (66).

Le ipotesi contrattuali ingenerate dallo *ius civile* non sono suscettibili di una valutazione condotta sul criterio del *nomen*: esse

(65) JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

(66) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium ff. de pactis*, fol. 129 ra.

sono determinate dalla *lex* sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale. Solo sul terreno dello *ius gentium* si possono riconoscere due specie distinte di fattispecie contrattuali: le prime, quelle *nominatae*, sono equipollenti alle ipotesi isolate dallo *ius civile*, per essere immediatamente azionabili, nel momento stesso in cui vengono ad esistenza. Le seconde lo divengono solo con la presenza di una *causa*, ossia dell'*implementum* dato dall'inizio dell'esecuzione.

4.2. *Il rei interventus come unico vestimentum possibile. Il rifiuto della cohaerentia contractus.*

Sperimentiamo anche su questo punto come l'apporto delle dottrine ultramontane si realizzi attraverso la posizione di nuovi significati per vecchi concetti. La conservazione della diarchia tra fattispecie *iuris civilis* e ipotesi *iuris gentium* rappresenta un notevole momento di continuità con le dottrine dei glossatori. Su questo dato si innesta il momento di novità dato dalla ridefinizione del concetto di *nomen contractus*, che da raffigurazione della struttura del contratto, per come è intesa dai glossatori, diviene indice della sua funzione.

Il giurista francese costruisce su questo nuovo significato una classificazione delle fattispecie radicalmente diversa rispetto a quella dei giuristi precedenti, che si fonda sulla visione funzionale della qualificazione, espressa nel concetto di *species contractus*. Questa nozione serve al Révigny per spiegare il ruolo che la *lex* assume nella qualificazione delle ipotesi *iuris civilis* e quello che essa ha nella distinzione delle ipotesi *iuris gentium*.

I risultati di questa nuova razionalizzazione si traducono in una tipologia fortemente antagonista rispetto a quella che anima il sistema dei glossatori:

« Dico ergo pactum vestiri uno modo, scilicet rei interventu » (67).

Il giurista francese sostiene che l'unico *vestimentum* configura-

(67) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis* (fol. 56 r. col. 2).

bile sia l'*interventus rei*, un risultato sistematico che verrà inteso dai giuristi successivi come il principio fondante delle dottrine ultramontane, il fulcro del loro pensiero e la ragione stessa di contrapposizione all'*opinio Glossae*.

Una dottrina solo superficialmente apparentabile alla rudimentale teoria del Baldovini. Quella, organizzata comunque sulla concezione strutturale della qualificazione, rappresentava la presa d'atto della insufficienza definitoria della tradizionale architettura dei *vestimenta*. L'opinione del Baldovini, giova ricordarlo, ammette soltanto i *vestimenta* dell'*interventus rei* e della *cohaerentia contractus* poiché sono i soli ad intervenire dopo che il consenso si è già integralmente formato, in una relazione eminentemente formale, lontanissima dai risultati del Révigny.

La concezione del giurista francese riporta l'azionabilità di una fattispecie contrattuale al riconoscimento della sua funzione da parte dell'ordinamento, scindendo questa valutazione da quella relativa alla modalità di conclusione, rappresentata nei diversi *vestimenta*. Si realizza quindi un drastico mutamento di prospettiva rispetto al sistema dei glossatori. Questi partivano dall'analisi della struttura del momento di qualificazione per dedurre l'azionabilità: la migliore dimostrazione risiede nell'individuazione della categoria dell'*auxilium legis*, che è ammissibile solo in questa prospettiva. Solo procedendo dal dato strutturale, difatti, si è costretti ad isolare una classe in cui porre quelle fattispecie che il testo romano dichiara azionabili prescindendo dall'esistenza di una qualificazione.

Il *doctor ultramontanus* procede dal dato dell'azionabilità, dell'*efficacia*, per individuare le *species contractus*, le funzioni che l'ordinamento decide di tutelare; una volta acclarato questo carattere, la fattispecie viene riportata su di un *vestmentum*, che ne stabilisce la disciplina genetica. Su questa base, è facile per il Révigny affermare come non sia dato reperire nel testo romano ipotesi di patto privo di qualificazione. Tutte le ipotesi che il testo romano provvede di azione sono delle *species contractus* e sono quindi riconducibili ad un determinato *vestmentum*. In questi casi, difatti, l'ordinamento associa una fattispecie costitutiva fondata sul *consensus*, sui *verba*, sulle *litterae* o sulla *res* ad ogni funzione giudicata come meritevole di tutela. In tutte le fattispecie che producono azione fin dal momento della loro costituzione si realizza per definizione la

sintesi tra momento strutturale e momento funzionale; un fenomeno che viene racchiuso nel concetto di *nomen contractus*, anch'esso oggetto di ridefinizione in chiave funzionale da parte del giurista francese.

Nelle ipotesi in cui la piena tutela si ottiene solo dopo che il consenso viene provvisto del momento qualificante dell'inizio dell'esecuzione il momento strutturale risiede su di un piano diverso e non congruente con quello funzionale. Il consenso delle parti dà luogo ad una struttura *innominata*, una fattispecie in cui non si può riconoscere una *species contractus*. L'accordo delle parti è, in questo caso, soltanto un guscio vuoto che deve essere provvisto di contenuto con l'inizio unilaterale dell'esecuzione, unico momento in grado di specificare la funzione di tale accordo. Questa considerazione si traduce nell'affermare il *rei interventus* unico possibile *vestmentum*. Un'asserzione che va letta di stretta conseguenza alle risultanze complessive della sua analisi sui *pacta*. Il Révigny non intende smentire la presenza di un momento di qualificazione nelle ipotesi *nominatae*, per predicarne l'esistenza solo nell'ambito delle fattispecie *innominatae*. L'intendimento del giurista francese è quello di misurare la diversa efficacia che il *vestmentum* assume, nel contesto di questi due ambiti di fattispecie, per descrivere la funzione del contratto.

La limitazione alle ipotesi *innominatae* del concetto di *vestmentum* è una conseguenza necessaria della visione strutturale della qualificazione: nel modello del Baldovini, difatti, le ipotesi che sono azionabili fin dal momento della loro costituzione non sono *vestite*, perché non furono mai *nude*, come abbiamo visto. Il *doctor ultramontanus* sostiene una cosa diversa:

« ego dico quod vestitur uno modo pactum tantum: nec umquam reperitur in lege nudum: nisi uno modo nudum ita quia non est rei traditione subnixum et ubicumque loquitur lex de nudo sic accipit nudum et quia ego dicam nudum quod non est rei traditione subnixum accipe nomen rei large ut contineat et dationem et factum. Unde sic debet pactum nudum diffiniri: pactum nudum est cui causa non subest id est cui non subest datio vel factio » ⁽⁶⁸⁾.

(68) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis* (fol. 56 r. col. 1).

Egli non afferma che il patto nudo non esiste, ma che non *reperitur in lege*, ossia che dal punto di vista della *lex* il patto nudo è solo quello cui difetta il momento dell'inizio dell'esecuzione, poiché tutte le altre ipotesi descritte dal testo sono comunque provviste di una qualificazione. In questo modo il Rèvigny chiude il processo logico di ridefinizione dell'architettura dei *vestimenta*, sottolineando come il concetto unitario di patto nudo possa essere definito come accordo privo di una funzione tutelata dall'ordinamento.

Tale caratteristica può essere apprezzata su una duplice prospettiva, a seconda che si proceda dall'angolo visuale della struttura del contratto o dall'ottica propria dell'ordinamento. Valutato dal primo profilo, il *nudum pactum* è raffigurabile nel momento del consenso comunque presente all'interno di ogni fattispecie; esso si esemplifica nel caso della *stipulatio* invalida, ove il vizio della qualificazione formale non impedisce al contenuto normativo dell'accordo di essere comunque riconoscibile dall'ordinamento. *Si non valet ut agitur valet ut valere potest*: ove un accordo non possa valere come patto vestito *verbis*, ad esempio, pure è espressivo del regolamento d'interessi perseguito dalle parti. Se tale accordo integra i termini di una *species contractus* diversa, può essere valutato efficace sulla base di un diverso *vestmentum*; altrimenti esso è riconoscibile come patto nudo, talché ogni atto di esecuzione spontaneamente operato da una parte verso l'altra non sarà ripetibile. In questo caso il difetto funzionale è proprio della fattispecie concreta, che per sue particolarità non integra la *species contractus* per la quale è stata posta in essere.

Analizzato a partire dall'ottica propria dell'ordinamento, il patto nudo può essere riconosciuto esclusivamente al livello della fattispecie astratta. Sotto questo profilo, il giurista francese pone in luce la differenza tra le fattispecie *nominatae*, in cui la struttura genetica individua immediatamente la funzione contrattuale, e le fattispecie *innominatae*, che vengono provviste di una funzione solo successivamente alla loro costituzione.

Si comprende facilmente, a questo punto, in che termini il Rèvigny affermi che il *rei interventus* sia l'unico possibile *vestmentum*. In tutte le fattispecie, il *vestmentum* si definisce nella struttura che le parti debbono conseguire affinché il loro regolamento di

interessi entri in una *species contractus* e sia pertanto azionabile. Nelle ipotesi nominate, la fattispecie genetica si conclude in un solo momento, nel quale la formazione del consenso, la prestazione della *res*, la formulazione dei *verba* o della scrittura descrive per definizione il momento funzionale del contratto. Nelle ipotesi innominate, al contrario, la fattispecie genetica è più complessa poiché al momento di formazione del consenso, deve seguire l'*implementum causae*, il momento di determinazione del contenuto funzionale, unico fattore che ne assicura l'azionabilità.

La tipologia del Rêvigny si organizza pertanto su due modelli fondamentali di azionabilità: da una parte quello identificato nelle fattispecie nominate, che sono intrinsecamente efficaci, poiché nascono secondo una struttura che definisce immediatamente la funzione; dall'altra quello delle fattispecie che sono efficaci solo estrinsecamente, poiché recepiscono la loro funzione da un atto esterno rispetto alla loro genesi.

Uno schema ricostruttivo che, pertanto, mantiene salda la principale distinzione su cui si fonda la tipologia dei glossatori, quella tra fattispecie *nominatae* e *innominae*, tracciandola però su di una cifra discretiva radicalmente diversa: non più il dato della struttura della singola ipotesi, ma quello della sua funzione. Il tutto rimane infatti dominato dalla nozione di *species contractus*:

« Dico est nudum pactum quod stat in nomine pacti. aliud est quod non stat in nomine pacti sed transit in speciem contractus, unde nuda pactio quod statim nomine pacti non parit actionem »⁽⁶⁹⁾.

Considerato in astratto, il patto nudo non è più definibile come l'accordo non provvisto di una struttura di qualificazione, come nella visione dei glossatori. La *nuditas* del patto si accerta esclusivamente sul suo non integrare una *species contractus*, nell'impossibilità a riconoscervi una determinata funzione. In questi termini, viene destituita di fondamento la distinzione fra fattispecie nominate e innominate secondo la concezione propria dei glossatori. Per questi ultimi il *nomen* distingue due strutture, tutelabili in termini

(69) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis* (fol. 56 r. col. 2).

diversi; per il giurista francese questo carattere distingue due tipologie orientate a raggiungere il medesimo fine, l'integrazione di una *species contractus*, unico termine che può dare ragione degli effetti.

Tale principio porta con sé il rifiuto di quel *vestmentum* che, nelle dottrine dei glossatori, costituiva il cardine dell'unitarietà della costruzione complessiva: la *cohaerentia contractus*. Novità sistematica dell'architettura azoniana rispetto alla razionalizzazione di Piacentino, questo *vestmentum* riconduceva nel sistema le ipotesi dei patti che si aggiungono ad un contratto precedente per integrarne o modificarne la disciplina. L'accordo che si aggiunge *incontinenti* al contratto ha, secondo i glossatori, il duplice effetto di modificare (« *informare* ») l'azione originaria e di produrre autonomamente l'azione *praescriptis verbis*. La *cohaerentia contractus* dà ragione di questo secondo lato dell'efficacia del patto aggiunto.

Il Révigny esclude la configurabilità di questo momento di qualificazione:

« Dico ergo pactum vestiri uno modo, scilicet rei interventu et in effectu. Ego non dissentio a doctoribus. Item ipsi dicunt quod pactum vestitur cohaerentia contractus imo dico ego quod pactum quod cohaeret contractui nudum est. » (70).

È, questo, il definitivo rifiuto della prospettiva dei glossatori. La *cohaerentia contractus* è uno schema intrinsecamente strutturale: il patto *vestito* estende la sua legittimazione al patto nudo che vi aderisce, comprendendola nella sua fattispecie (71). Per gli Ultramontani il *pactum incontinenti adiectum* resta comunque un patto nudo e, come tale, non è in grado di produrre azione in virtù della sola relazione formale data dal collegamento con un contratto pienamente tutelato. I due effetti, della *informatio actionis* e della produzione autonoma dell'*actio praescriptis verbis* vengono spiegati su una base diversa.

(70) JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

(71) Merita citare i termini con cui il RÉVIGNY rende conto del pensiero dei glossatori sul punto: « ...nascitur nudum et aperit oculos et respicit undique (...) contractum vestitum refugit ad eum et reponit se sub vestimento eius sicut homo nudum ad hominem vestitum confugit ut sub eius clamide reponatur » (*Lectura super Digesto veteri, in l. Iurisgentium, de pactis*, fol. 130 va).

Il primo viene compreso come limitata eccezione al principio per cui *ex nuda pactio actio non oritur*, secondo una esegesi del testo romano che si ritrova tanto nel Révigny⁽⁷²⁾ che nel Belleperche⁽⁷³⁾ e i cui termini sono fedelmente riproposti da Cino da Pistoia:

« Respondet ipse: ex nudo pacto non oritur actio, nisi nudum pactum apponatur iuxta conventionem vestitam: quia tunc reputatur pars conventionis nominatae et hoc probatur ex dicta lege ubi dicitur iurisgentium conventiones. Quaedam sunt quae transeunt in speciale nomen, quaedam non, sequitur postea quinimo et cetera. ibi exceptio regula. regula est, quod nuda pactio non parit actionem et lex cavetur quod exceptio debet esse de regula...ergo pactum incontinenti appositum non vestitur cohaerentia contractus. »⁽⁷⁴⁾.

Il patto apposito *incontinenti* diviene parte del contratto principale. Esso tuttavia non viene vestito da questa relazione, poiché l'*informatio* non viene ricondotta dal testo romano su uno specifico momento di qualificazione, ma intesa come eccezione alla regola della non azionabilità del patto nudo. Se si ammette il *vestmentum* della *cohaerentia contractus* si smentirebbe la regola su cui si fonda l'eccezione, andando quindi contro il dato testuale.

(72) « ...circumscribas glossam. lex ista scripta est. igitur nuda pactio obligationem non parit, sed exceptionem. quinimmo interdum informat ipsam actionem. Unde hec est regula. Nuda pactio non parit actionem. Sequitur instantia, ergo interdum informat scilicet incontinenti. si diceret quod ista pactio mixta contractus est vestita instantia esset de vestitis et regulariter de nudis et sic non contineretur instantia vel exceptio sub eo a quo excipitur ». JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis* (fol. 56 r. col. 2). Il RÉVIGNY non tratta qui del testo cui si riferisce il suo commento, bensì della *l. Iurisgentium § quinimo* del Digesto. Egli evidenzia come questo passo segua immediatamente l'esposizione del principio di non azionabilità del nudo patto (« *Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Quinimo interdum informat ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis.* » D. 2, 14, 7, 5), ponendovi come eccezione proprio il caso del patto aggiunto al contratto principale. Questa interpretazione è vera solo ove si ammette che il patto aggiunto sia un patto nudo. Ove si ritenesse che quest'ultimo sia, al contrario, vestito, non avremmo più una regola dalla quale desumere l'eccezione, per come indica il testo romano.

(73) « ...ibi est exceptio a regula. regula est quod nuda pactio non parit actionem. arguo. exceptio dicitur contineri sub regula ...ergo pactum incontinenti appositum non vestitur cohaerentia contractus. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis*, fol. 83 va.

(74) CINO DA PISTOIA, *Summa Codicis, in l. Legem, de pactis*, n. 6 (fol. 51 r. col. 1).

La spiegazione del secondo effetto, la nascita dell'*actio praescriptis verbis*, è per noi di maggiore rilevanza. I glossatori, riportando questo effetto al concorso fra due manifestazioni di volontà, accettano la diversità tra due ipotesi diverse della stessa azione. Una cosa è difatti l'*actio praescriptis verbis* che risulta da un contratto innominato, unica tutela per questo regolamento di interessi, altra è la medesima azione letta in via *subsidiaria*, rimedio subordinato nel grado all'azione individualmente risultante dal contratto principale, per come *informata* dall'accordo ulteriore. In questo secondo caso, l'*actio praescriptis verbis* concorre con la principale, poiché nasce da una fattispecie diversa, identificata nella relazione strutturale tra i due *pacta*, principale e accessorio.

Nel tracciare questa dottrina, i glossatori partono dalla considerazione implicita che il secondo accordo non sia provvisto di una qualificazione autonoma, sia cioè un *pactum nudum*. Poiché essi riconducono la nascita dell'*actio praescriptis verbis* alla relazione strutturale tra i due *pacta*, tale fenomeno può riscontrarsi anche nel concorso di due accordi *vestiti*, provvisti ciascuno della propria qualificazione. Le conseguenze, per il Révigny, sono chiare:

«Ista via non potest evadere. pone vendidi tibi rem pro decem et incontinenti es stipulatus ut ires pro me Romam competunt tres actiones. ut videbis ad illud quod in pacto incontinenti apposito deducitur scilicet prima venditio informata. Item ex stipulatu. Item praescriptis verbis. unde oritur praescriptis verbis. isto casu ex venditione non quia oritur ex vendito ex stipulatione non quia oritur actio ex stipulatu, unde non poteris respondere ut prius per istam viam.»⁽⁷⁵⁾

La formulazione strutturale dei glossatori, sottoposta alla prova di resistenza data dal concorso di due fattispecie *vestitae*, non restituisce i valori che ci si attenderebbe. In particolare, si perde il dato della sussidiarietà: nel momento in cui i due *pacta* sono tributati ciascuno della propria azione, non si ha bisogno di crearne una terza, che pure si produce in base al mero fenomeno dell'intersecarsi degli accordi.

⁽⁷⁵⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Codicem, in l. In bonae fidei, de pactis* (fol. 58 r. col. 1).

La via tentata dagli Ultramontani è, anche in questo caso, totalmente versata sul lato funzionale. L'*actio praescriptis verbis* nasce per i giuristi francesi da una fattispecie diversa, di cui il patto aggiunto è solo un elemento:

« ...dico quod praescriptis verbis oritur ex contractu do ut des vel do ut facias qui resultat ex relatione contractus praecedentis ad pactum incontinenti appositum. » (76).

Non in tutti i casi in cui un *pactum* aderisce ad un contratto pienamente tutelato, dunque, può nascere l'autonoma azione *praescriptis verbis*, ma solo in quelle ipotesi in cui il secondo accordo è in grado di porsi con il primo in una relazione tale da costituire un contratto innominato, quindi dotato dell'unico *vestimentum* configurabile: l'*interventus rei*. In questo modo gli Ultramontani riescono a comprendere anche l'ultimo *vestimentum* azoniano nelle proprie chiavi di lettura: il patto aggiunto produce azione solo allorché la sua relazione con l'accordo principale è in grado di provvederlo di una *causa*, ossia di una *datio vel factum* che ne individui la funzione.

4.3. *La consolidazione della visione funzionale in Pierre de Belleperche e Cino da Pistoia. Differenze con la dottrina del Révigny.*

La dottrina del Révigny viene accettata nei suoi presupposti fondamentali dal suo allievo Pierre de Belleperche e, per questo tramite, da Cino da Pistoia. Questi apparati ne recepiscono integralmente l'impostazione tendente allo sviluppo della tipologia contrat-

(76) JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit. Questa costruzione, per come dice lo stesso RÉVIGNY nel commento a questa *lex*, origina da GUILLAUME DE CUNH che ne tratta sparsamente soprattutto nel commento alla *l. Iurisgentium § quinimo, ff. de pactis*: « hic quaero quae actio oritur ex pacto incontinenti apposito. dicunt quod duae actiones dantur antiqua et datur formata et nova. ...ego dico quod ex pacto incontinenti apposito quandoque informat antiquam et datur nova et pone contractus enim primo celebratur venditione et promittit ire Romam datur actio informata ex vendito quae pro id est ac si esset in ipso contractu. praescriptis verbis actione datur ex resultatione ita potest intelligere...ex pacto incontinenti apposito primo informatur sed nova datur... quando relatione habita de pacto ad contractum resultat unus de contractibus innominatis ». (*Lectura super Digesto veteri*, Ms. Wien ÖNB 2257, fol. 51 rb.).

tuale in senso funzionale e anzi esasperando questa caratteristica. Nella dottrina dell'allievo, in particolare, si può notare come la complessa posizione del maestro venga ridotta alle sue ultime conclusioni, restituita attraverso la posizione di un principio, reso astratto dalla complessa trama analitica a carico del sistema tradizionale dei *vestimenta* che caratterizza l'opera di quest'ultimo.

Un fenomeno che è pienamente visibile osservando il ruolo assorbente che la nozione di *nomen contractus* assume nelle dottrine del Belleperche:

« ...scire debetis conventionum quedam sunt quae transeunt in speciale nomen contractus, quedam sunt quae remaneant in sua generalitate. Solutio ut quedam quae in speciale nomen contractus transeunt ut est locatio venditio stipulatio et huiusmodi et istae conventiones actionem pariunt. quedam sunt quae non transeunt in speciale nomen contractus et iste non pariunt nisi causa subest »⁽⁷⁷⁾.

La trama argomentativa del Révigny si fonda sui due concetti di *species* e *nomen*. Il primo individua tutte le fattispecie azionabili, in cui una struttura genetica, un *vestmentum*, è provvista di una funzione giudicata meritevole di tutela in via autonoma da parte dell'ordinamento. In quanto tale, la *species* caratterizza sia i contratti *iuris civilis* che quelli *iuris gentium*: il concetto di *nomen contractus* rileva solo su questo secondo piano, per distinguere le fattispecie azionabili fin dal momento della conclusione da quelle che attendono di essere perfezionate da un fatto successivo, il *rei interventus*.

Il Belleperche costringe la complessa trama argomentativa del maestro in una semplice massima: i contratti provvisti di un *nomen* specifico producono azione, quelli che ne sono privi necessitano di

⁽⁷⁷⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis* (MS Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana, Plut. 6 sin. 6, fol. 83 va). La dottrina del BELLEPERCHE si trova esposta anche nell'opera di CINO DA PISTOIA, che vi aderisce: « Respondet ipse quod conventionum quaedam sunt, quae transeunt in speciale nomen contractus, ut locatio, venditio, stipulatio et huiusmodi, et istae tales conventiones pariunt actiones. Quaedam sunt quae in speciale nomen non transeunt, sed remaneant in sua generalitate, et istae non pariunt nisi subsit causa ». (*Summa Codicis, ad l. Legem, de pactis*, n. 7).

una *causa*, ossia di una *datio vel factum* per avere piena tutela. Ove questa non soccorra il patto è nudo:

« ...reduce ad similium que (...) causa non subest non parit actionem et si nuda pactio est cui non subest causa ergo nuda pactio non parit actionem »⁽⁷⁸⁾.

La *reductio a simili* del Belleperche tronca ogni sottile distinzione tra i concetti di *species* e *nomen contractus*, che il Révigny poneva per intrinsecamente diversi all'interno della propria dottrina, esaltando al massimo livello possibile il dato funzionale⁽⁷⁹⁾. L'azionabilità di una ipotesi viene ricondotta unicamente alla sua funzione, che può tradursi o nell'assunzione di un *nomen* determinato o nel successivo intervento di un fatto legittimante, quale l'inizio della prestazione.

In questo modo, la dottrina ultramontana sui *pacta* può essere espressa in un semplice principio:

« Dico pactum nudum est placitum quod non habet causam sibi consistendi subiectam, quo dixi quod pactum vestitur tantum uno modo ergo pactum quod non habet (causam) subiectam nudum est »⁽⁸⁰⁾.

Il *pactum nudum* è così quell'accordo privo di una *causa sibi consistendi*, secondo una regola che avrà molta fortuna e che diven-

⁽⁷⁸⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

⁽⁷⁹⁾ Sul concetto di *nomen contractus* il BELLEPERCHE classifica le stesse fattispecie del RÉVIGNY, riportando in questi termini l'identica critica verso il *legis auxilium* dei glossatori: « Sed videndum est. regula est quod ex nudo pacto non oritur actio. Aliquid fallit ista regula. doctores dicunt quod sic in undecim casibus. imo fallit in constituta. si sum debitor tuus et constituo me soluturum tibi illud debitum ex tali nudo pacto oritur actio [...] an ex nudo pacto oriatur actio refert an queris an ex nudo pacto quod in speciale nomen contractus cadit et tunc dico quod sic ut ff. de pactis l. iurisgentium. Aut queris de nudo pacto a datione rei. [...] si quid actionem pariat ex pacto quod non incidit in speciale nomen dico quod non. fallit in tres casibus, id est in salario advocati [...] In istis casibus concedo quod falleret. sed in aliis casibus non quia ibi repositum est in speciale nomen contractus. [...] Item dicunt ipsi fallit in nudo pacto donationis. ibi non fallit. quia repositum est in speciale nomen contractus... ». (*Lectura Codicis, de pactis l. Pacta novissima.*)

⁽⁸⁰⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

terà quasi il simbolo delle dottrine ultramontane. Per essa, gli accordi dotati di azione sono o quelli provvisti di un *nomen* determinato o altrimenti forniti del momento di qualificazione offerto dall'inizio spontaneo dell'esecuzione:

«...quedam transeunt in speciale nomen et istae pariunt sive sunt pacta nuda vel non. quedam sunt que non transeunt in speciale nomen et non pariunt actionem, nisi causa subest.»⁽⁸¹⁾.

Un passo estremamente significativo delle differenze tra il modello ricostruttivo dell'azionabilità proprio del Révigny e quello individuato dal Belleperche. Il primo elabora la sua tesi adoperando tutti i concetti propri della razionalizzazione dei glossatori, configurandoli all'interno di una prospettiva diversa, tutta funzionale; il secondo, al contrario, riduce tale apparato concettuale alle sue minime porzioni possibili, di fatto escludendo la valenza definitoria della nozione su cui si fonda l'intera architettura dei *doctores antiqui*.

La presenza di un *vestmentum*, in questa prospezione della tipologia contrattuale, è un dato assolutamente indifferente per l'accertamento dell'azionabilità del regolamento privato di interessi. Tutto si centra sulla presenza di un *nomen speciale*, unico termine in grado di attribuire la piena sanzione alle *conventiones* delle parti e ciò, come significativamente ribadito nel passo appena citato, *sive sunt pacta nuda vel non*. Nella visione del Belleperche gli accordi che si sostanziano esclusivamente nel consenso — e siano quindi definibili come *patti nudi* — non si differenziano da quelli in cui il momento di volizione si accompagna ad un *quid* oggettivo come la *datio rei*, i *verba* o la *scriptura*. Tale diversità, sulla quale i glossatori edificarono tutta la loro costruzione e che viene mantenuta tuttavia ferma anche dal Révigny, non ha per il Belleperche alcun significato sul piano funzionale, che resta immediatamente ed esclusivamente governato dal *nomen*. Questo dato si giustappone quindi ad ogni altra valutazione che possa comunque riguardare il profilo strutturale del contratto:

⁽⁸¹⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura super Codicem, in l. Legem, de pactis*.

« an ex nudo pacto oriatur actio refert an queris an ex nudo pacto quod in speciale nomen contractus cadit et tunc dico quod sic ut ff. de pactis l. iurisdictionum. Aut queris de nudo pacto a datione rei. (...) si quid actionem pariat ex pacto quod non incidit in speciale nomen dico quod non. »⁽⁸²⁾.

Criticando il *legis auxilium* dei glossatori, il Belleperche riformula completamente il quesito circa l'azionabilità del patto nudo, che ancora Jacques de Révigny poneva nei termini strutturali propri della dottrina dei *doctores antiqui*. L'unica ipotesi in cui il patto nudo assume una rilevanza sistematica è nel caso in cui sia privo del *rei interventus*: negli altri casi l'occorrenza di un dato strutturale di qualificazione è semplicemente irrilevante per l'attribuzione della piena sanzione.

In questi termini l'allievo estremizza la costruzione del maestro, riducendola su due soli termini di legittimazione, fra loro alternativi: il *nomen* e la *causa*. Ove sia riconoscibile il primo, in esso si racchiude ogni valutazione circa la struttura e la funzione del negozio, che è azionabile per definizione. Laddove il contratto non sia ascrivibile in un *nomen* determinato, esso non è azionabile, poiché difetta il momento di determinazione della funzione. Un dato che, se non permea di sé l'accordo nel momento della sua costituzione, pure può aderire *ex post*, allorché una parte esegua la propria prestazione, provvedendo il consenso del *rei interventus*, della *causa*. Su questo punto possiamo ancora una volta notare il complesso equilibrio di continuità e differenze che legano le dottrine dei due principali Ultramontani.

La tesi secondo cui il *rei interventus* è l'unico *vestmentum* configurabile viene elaborata dal Révigny; all'interno del suo modello tale unicità viene percepita secondo una prospettiva volta a rendere il momento di sintesi tra il profilo strutturale e il profilo funzionale della fattispecie. Questo autore, come abbiamo visto, non contesta il catalogo dei sei *vestimenta* azoniani, ma sottolinea la differenza sul piano della funzione che corre tra quei momenti di qualificazione che contraddistinguono il contratto sin dalla sua

⁽⁸²⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE *Lectura Codicis, de pactis l. Pacta novissima*. Il passo complessivo è già stato riportato *supra* in nota 79.

conclusione da quelli che intervengono solo dopo che il consenso si sia pienamente manifestato. In questo senso il mutuo è comunque una struttura partecipe sia del consenso che della *datio rei*, ma quest'ultima solo impropriamente può essere definita come *vestmentum* del patto, poiché caratterizza l'accordo sin dal suo sorgere, in un vincolo di stretta interdipendenza quanto alla definizione della funzione contrattuale ⁽⁸³⁾. Nel tessuto di ogni contratto è quindi percepibile un momento di qualificazione, ma solo nel contesto di un contratto *innominato*, ove il momento del consenso è indipendente da quello della *datio* quest'ultima può essere definita effettivamente come *vestmentum* del patto. L'unicità del *rei interventus* è quindi, nell'ottica del Révigny, un dato apprezzabile solo sul piano funzionale, non su quello della struttura del contratto, ove i *vestimenta* del *consensus*, della *res*, dei *verba* e delle *literae* mantengono la loro importanza sistematica.

Nella visione del Belleperche, al contrario, il *rei interventus* si pone come unico *vestmentum* in senso assoluto. I momenti di qualificazione che sono consustanziali alla nascita del contratto non hanno alcuna autonomia concettuale rispetto alla struttura del contratto complessivo. La loro rilevanza sul piano strutturale non è un dato qualificante, ma una particolarità che deriva immediatamente dal *nomen contractus*, unico termine di conferimento dell'azionabilità. In questa prospettiva il *rei interventus* è l'unico *vestmentum* poiché costituisce la sola ipotesi in cui la funzione del contratto non è descritta immediatamente nella sua fattispecie genetica, ma attende di essere determinata da un fatto successivo ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸³⁾ Giova riproporre un passo del RÉVIGNY già esaminato *supra* (p. 365): « cum ego do formalem differentiam in contractibus quos dicimus re vestiri. res est de esse contractus, unde res ibi dicitur improprie vestimentum, inde sequitur quod actio oriatur ex reali actu ». JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Legem C. de pactis* (fol. 56 r. col. 1).

⁽⁸⁴⁾ In questi termini il BELLEPERCHE rende la differenza tra i patti vestiti *re* da quelli provvisti del *rei interventus*: « ...pactum re vestitur in quibus res designat ad quid contrahant obligationem nulla facta verborum designatione. sed rei interventu vestitur ubi restitutio non facit contractus sed magis verborum designatione verbi gratia mutuo tibi decem tu des idem. in casu isto ad restitutionem idem contrahitur obligatio. Istud pactum dicitur re vestiri [...] sed rei interventu vestitur pactum ubi res non designat ad quod contrahitur obligationem sed verborum designatione hanc ostendit. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *ad l. Legem C. de pactis*. (fol. 83 va)

In questi termini si perfeziona la stretta alternatività tra le fattispecie distinte da un *nomen* e quelle caratterizzate da una *causa*, sinonimo pieno del *rei interventus*:

« Quarta est sententia Iaco. de Raven. et ista est vera secundum Pet. scilicet, quod pactum non vestitur, nisi tantum uno modo, videlicet rei interventu, et probat sic, lex vocat nudum pactum, quod causa subsistentem non habet, et ulterius, sequitur igitur nuda pactio, cui causa non subest non parit actionem. » ⁽⁸⁵⁾.

Cino da Pistoia, fedelissimo *reportator* delle dottrine del Bellapertica, attribuisce al maestro una dottrina che, espressa con tale assolutezza di principio, è propria esclusivamente dell'allievo. I giuristi successivi la conosceranno attraverso questa formulazione, e questa criticheranno, contrapponendola sistematicamente al *dictum Glossae*.

⁽⁸⁵⁾ CINO DA PISTOIA, *Summa Codicis, in l. Legem, de pactis*, n. 6 (fol. 51 r. col. 1).

CAPITOLO VIII

LA CONCEZIONE ORGANICA DEL CONTRATTO

1. La tipologia funzionale e le sue conseguenze a carico della struttura dell'obbligazione risultante dal contratto. — 1.1. Centralità del dibattito sul *pactum de non petendo* per la comprensione della struttura del vincolo obbligatorio risultante dal contratto. — 1.2. *Obligatio naturalis* e *obligatio civilis* in Jacques de Révigny. — 1.3. Pierre de Belleperche e Cino da Pistoia. — 2. L'unità della fattispecie contrattuale. — 3. Uno strumento rinnegato: l'*id quod interest*. — 3.1. La nuova definizione dell'*id quod interest* in Jacques de Révigny. — 3.2. La rilevanza dell'interesse all'interno della fattispecie contrattuale nella dottrina del Révigny. Indifferenza del concetto per la costruzione della tipologia. — 3.3. Il modello di Pierre de Belleperche e la sua recezione in Cino da Pistoia. — 4. Per una sintesi delle dottrine ultramontane. Patti accessori e novazione del contratto. — 4.1. Una nuova definizione dei patti aggiunti incontinenti e *ex intervallo*. — 4.2. L'unità funzionale della dichiarazione e la determinazione della struttura del contratto. — 4.3. Un nuovo schema di attribuzione del tipo contrattuale.

1. *La tipologia funzionale e le sue conseguenze a carico della struttura dell'obbligazione risultante dal contratto.*

1.1. *Centralità del dibattito sul pactum de non petendo per la comprensione della struttura del vincolo obbligatorio risultante dal contratto.*

Il modello degli Ultramontani attende di essere analizzato più approfonditamente, soprattutto per quanto riguarda la loro ricostruzione dell'obbligazione contrattuale.

È su questo punto, difatti, che possiamo cogliere appieno le differenze tra le posizioni del Révigny, del Belleperche e di Cino da Pistoia, protagonisti di uno degli snodi più complessi nel fluire del diritto comune classico e, soprattutto, l'originalità del loro impianto rispetto a quello dei glossatori. Se si rimane al livello di studio che sino ad ora ci ha occupati, quello della classificazione delle strutture

azionabili, la dottrina degli Ultramontani, considerata soprattutto nell'estrema razionalizzazione del Belleperche, non sembra dissimile da quella che caratterizza le prime opere dell'età della Glossa. Come abbiamo visto, già la *Summa Trecensis* distingueva, col suo rudimentale strumentario, tra patti *in generali* e *in speciali nomine*, affermando che i primi sono abili soltanto a produrre eccezione a meno che non siano provvisti di una *causa*, di una *datio vel factum* che possa dotarli della caratteristica dell'azionabilità.

Le tesi dei giuristi francesi costituiscono nel loro complesso il ritorno ad una tipologia elementare dei modelli contrattuali, rappresentano soltanto una forma estrema di rifiuto dell'architettura dei tardi glossatori senza condurre alla costruzione di un sistema alternativo? Ancora: la *reductio ad unum* del Belleperche è in grado di apportare significative differenze rispetto alle tesi del maestro oppure deve ritenersi operazione meramente formalistica, semplice riorganizzazione dell'apparato del Révigny su una cifra unitaria di classificazione? Due domande fra loro diverse ma intrinsecamente legate, alle quali si può trovare risposta analizzando le differenze nella ricostruzione del rapporto obbligatorio risultante dal contratto al mutare dello schema adoperato per rappresentarne la struttura genetica.

Il terreno d'elezione per tale verifica è lo stesso punto dogmatico sul quale abbiamo valutato le differenti prospettive che caratterizzano i vari glossatori: il *pactum de non petendo*, la sua efficacia estintiva dell'obbligazione principale e la sua modificabilità da parte di un successivo accordo *de repetendo*.

Una questione vivissima all'attenzione dei glossatori, che la scioglievano in due punti specifici. Il primo riguarda l'effetto che il patto nudo *de non petendo*, producendo per definizione solo una *naturalis obligatio*, può avere sull'obbligazione originale che, per derivare da un patto *vestito*, è dotata non solo di un lato *naturale*, ma anche di un profilo *civile*. Nelle diverse risposte dei glossatori — dall'efficacia *ope exceptionis* di Rogerio all'effetto estintivo diretto di Azone, accompagnato dal sorgere di un'obbligazione naturale per il remittente a non chiedere l'adempimento dell'obbligazione originaria — abbiamo verificato comunque l'esistenza di una linea costante nella ricostruzione del vincolo obbligatorio. Per i glossatori l'obbligazione contrattuale non è la somma di un *vinculum naturale* e di un

vinculum civile, l'uno prodotto dal *pactum* inteso come nucleo di consenso e l'altro risultato del *vestmentum*, come momento di attribuzione dell'azione. Essa è piuttosto la sintesi di questi due fattori, dal momento che un fenomeno giuridico come il nudo patto, che per sua natura può intervenire soltanto sul lato *naturale*, coinvolge l'obbligazione nella sua interezza.

L'unitarietà del vincolo obbligatorio è vieppiù confermata dalla descrizione degli effetti del *pactum de repetendo*. L'indirizzo largamente maggioritario presso i glossatori è difatti nel ritenere che questo accordo, con il quale le parti intendono legittimare nuovamente l'obbligazione già oggetto di remissione, non sia in grado di far risorgere il titolo originario, ma riesca a elidere il contenuto del precedente *pactum de non petendo* per via d'eccezione. Tale concezione dell'obbligazione deriva immediatamente dalla rappresentazione della struttura del contratto secondo la logica comune a tutti i glossatori: per essa in ogni modello contrattuale il momento del consenso e il momento della qualificazione sono concettualmente autonomi, ma ciascuno individua comunque la totalità del contenuto obbligatorio del contratto. Questa visione si trasfonde senza mutamenti nell'architettura dei *vestimenta* che, se consente una più puntuale misura dei due lati della struttura genetica del contratto, non smentisce e anzi inverte l'unitarietà del vincolo obbligatorio.

Abbiamo del resto osservato come i giuristi pienamente calati nell'ottica dei *vestimenta* trattino i problemi posti dal *pactum de non petendo* in piena continuità con le dottrine dei *doctores* precedenti, cui è sconosciuta tale razionalizzazione. Tutta l'analisi di Azzone sugli effetti del patto remissorio è improntata a ricostruirli in modo da impedire che la distinzione tra il *pactum* e il suo *vestmentum* possa condurre a riflettersi nella distinzione tra *vinculum naturale* e *vinculum civile*. Per evitare tale parallelismo questo autore isola tre effetti nel patto remissorio: l'estinzione del *vinculum naturale* prodotto dal titolo originario; la quiescenza del *vinculum civile*, dotato del medesimo contenuto del primo, ma apprezzabile su di un diverso piano di efficacia; la costituzione di una nuova obbligazione naturale fra le stesse parti, per cui il remittente si impegna a non chiedere l'adempimento dell'obbligazione originale. Quest'ultimo effetto è il punto qualificante della costruzione azoniana: esso realizza la sintesi tra lato naturale e lato civile dell'obbligazione, poiché

impedisce che, in virtù di un fatto giuridico successivo, uno solo di questi profili possa rivivere prescindendo dall'altro. Nel caso in cui al *pactum de non petendo* faccia seguito un altro accordo di segno contrario, questo non fa rinascere il *vinculum naturale* corrispondente alla prima obbligazione rimessa, ma estingue quello relativo all'impegno assunto dal remittente di non chiederne l'adempimento.

Questa ricostruzione viene sostanzialmente confermata da Odofredo:

« Si querat aliquis cur pactum tollit naturalem obligationem ipso iure? Item civilem elidit? Responde pactum habet naturale equitatem ut ff. eodem lex prima in principio. unde non est mirum si per pactum naturalis obligatio tollatur ut argumenta ff. de regulis iuris lex Nihil sed naturalis obligatio est mortua vox: sed civilis obligatio est vox viva: unde pactum non tollit civilem obligationem sed elidit. » ⁽¹⁾.

Il *pactum de non petendo* ha come effetto precipuo l'estinzione dell'obbligazione naturale; esso non può manifestare la medesima efficacia sul profilo civile del rapporto principale. Questo rimane una *viva vox* sul piano strutturale, ma non può esplicare da solo alcuna valenza, ove non soccorra il *vinculum naturale*. Una duplicità di effetti che deriva immediatamente dalla *lex* e che non pone quindi dubbi, a differenza di quello relativo alla nascita di un'obbligazione naturale a non chiedere l'adempimento del vincolo originario, creazione precipua dell'interprete ⁽²⁾. Essa, per principio, pone una condizione difficilmente razionalizzabile nelle linee-guida del sistema, quella di due situazioni giuridiche opposte che nascono da un medesimo fatto:

« Sed denuo videtur mirabile secunda ratione tali quod istud pactum obliget creditorem debitori naturaliter ne petat: quia pactum de non petendo fit ad liberandum: et sic parit liberationem. pactum de petendo fit ad obligandum et sic parit obligationem: unde quo liberat et obligat

⁽¹⁾ ODOFREDO, in *l. Pacta novissima C. de pactis*, n. 13 (fol. 63 r. col. 2- 63 v. col. 1).

⁽²⁾ « Sed instatur: istud non est mirabile si pactum tollitur naturalem ob ipso iure. Item si pactum tollit civilem obligationem ope exceptionis quia leges hoc dicunt sed istud est mirabile: quod pactum obliget naturaliter creditorem debitori ne petat... ». ODOFREDO, in *l. Pacta novissima C. de pactis*, n. 11 (fol. 63 r. col. 2).

debitorem cum ista sunt contraria: quia lex dicit quod non potest esse eadem causa liberandi et obligandi... » (3).

Odofredo supera questo rilievo, evidenziando come l'effetto estintivo che il *pactum de non petendo* ha sul profilo naturale dell'obbligazione si traduca necessariamente nell'assunzione di un obbligo corrispondente da parte del creditore originario:

« ...idem pactum non potest esse obligatorium et liberatorium circa idem, sed diversis respectibus sic. ut hic, quia uno respectu est liberatorium: quia pactum de non petendo tollit naturalem obligationem ipso iure et sic quantum ad iam factum, sed alio respectu est obligatorium: quia obligat creditorem naturaliter non petere et sic quantum ad faciendum. » (4).

In questo modo Odofredo non si distacca dall'insegnamento di Azone, di cui rafforza la tensione definitoria volta ad acclarare l'immagine dell'unità fondamentale dell'obbligazione risultante dal contratto. Una dottrina che procede immediatamente dalla visione strutturale della relazione tra *pactum* e *vestmentum* e in questa trova la sua precipua ragion d'essere. La definizione di *pactum* come momento di consenso è eguale a sé stessa per definizione tanto nelle ipotesi *nude*, volte soltanto alla produzione di un'eccezione, tanto in quelle vestite, in cui la presenza di un momento di qualificazione conduce alla piena azionabilità. Tale struttura si traduce nel duplice profilo dell'obbligazione, fatta di un *vinculum naturale* che procede dal consenso e di un *vinculum civile* che deriva dal *vestmentum*. Lo strumentario tecnico profuso dai tardi glossatori è finalizzato a mostrare come questi due *vincula* non siano oggetti distinti, ciascuno

(3) La *prima ratio* si fonda, oltre che sulla mancanza di riscontri nel testo romano, sulla diversità di natura fra l'obbligazione rimessa e il nuovo *vinculum naturale* che viene a stringersi fra le parti: « Una quia lex dicit si creditor paciscatur cum debitore: non obligatur naturaliter non petere ut ff. de iure dotium [...] sed ipsi dicunt et respondent ad legem istam non obligatur scilicet civiliter sed naturaliter sic. Vel dicunt. non obligatur scilicet dare: sed facere sic scilicet amplius non petere a debitore. » ODOFREDO, ult. loc. cit.

(4) ODOFREDO, in *l. Pacta novissima C. de pactis*, n. 12 (fol. 63 r. col. 2).

dotato di un'autonoma valenza, ma due aspetti della medesima realtà.

1.2. *Obligatio naturalis e obligatio civilis in Jacques de Révigny.*

La tesi del Révigny procede dal dato fondamentale dell'analisi dei glossatori, ossia la sintesi tra lato *naturale* e lato *civile* dell'obbligazione contrattuale, ma lo giustifica all'interno della propria visione funzionale della qualificazione, in una combinazione di continuità e differenze rispetto alla dottrina dei *doctores antiqui* che va attentamente perscrutata.

Il giurista francese accetta difatti gli effetti del *pactum de non petendo* che i tardi glossatori pongono a carico del lato *naturale* dell'obbligazione oggetto di remissione:

« de viribus pacti de non petendo. dicunt doctores. hec est una de viribus suis quia tollit naturalem ubi invenit eam ut ff. de solutionibus lex stichum aut pamphilum § naturalis. iste est primus effectus quem nullus revocat in dubium. Item obligat naturaliter ad non petendum. quod sit sic probatur. sicut stipulatio obligat naturaliter et civiliter ita pactum nudum tantum naturaliter. Unde sicut se habet stipulatio ad utrumque vinculum si se habet pactum nudum ad naturalem. sed si promittis mihi per stipulationem non petere esses mihi obligatus naturaliter et civiliter ad non petendum. ergo ubi convenisti per pactum nudum non petere a me es naturaliter obligatus ad non petendum. » ⁽⁵⁾.

Siamo di fronte alla puntuale riproposizione della tesi azoniana, che accompagna all'estinzione dell'obbligazione originaria — pacifico perché risultante direttamente dal testo romano — la costituzione di una nuova *naturalis obligatio* con la quale il creditore remittente si impegna a non chiedere l'adempimento della prestazione che di quella formava oggetto ⁽⁶⁾. La posizione del Révigny

⁽⁵⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Pacta novissima C. de pactis* (fol. 57 r. col. 2).

⁽⁶⁾ Questo secondo effetto viene spiegato negli stessi termini usati dall'apparato di AZONE, comparando la situazione ingenerata dal *pactum nudum de non petendo* con quella che si produrrebbe facendo ricorso ad una *stipulatio* dotata del medesimo oggetto. Essa, in quanto patto *vestito*, produrrebbe in capo al creditore remittente l'obbligo sia *civilis* che *naturalis* a non chiedere l'adempimento del vincolo originario; ne deriva che il patto nudo debba produrre effetti eguali nel contenuto, seppur limitati al solo profilo

differisce da quella di Azone in due punti. Il primo consiste nel considerare in modo autonomo un effetto che nella dottrina dei glossatori rimane assorbito in quello dell'estinzione della *naturalis obligatio*: l'eccezione che il debitore originario può esperire per impedire la pretesa all'adempimento (7).

Il secondo realizza una profonda frattura rispetto alla dottrina dei glossatori:

« est et quartus effectus de non petendo pactum: quia elidit civilem. Unde non tollit eam prorsus: sed eam vulnerat et exinavit eam. dico illud quartum falsissimum est. quia non est verum quod pactum de non petendo tangat civilem. Unde eam non tangit nec est lex quae dicat quod pactum de non petendo civilem elidat. Sed pactum de non petendo inducit exceptionem et illa suo obiectu obiecta ab homine elidit civilem, immo proprie perimitur ex quo prohibita est preemptoria exceptio. » (8).

Il Révigny rifiuta categoricamente ogni effetto diretto del *pactum de non petendo* a carico del lato *civile* dell'obbligazione. In quanto patto *nudo*, esso può avere effetti diretti solo sul lato naturale dell'obbligazione risultante dal contratto originario; affinché possa estinguerne direttamente il profilo *civile* occorrerebbe uno specifico riscontro nel testo romano, di cui il giurista francese sottolinea l'inesistenza. Gli effetti che il patto nudo di remissione può avere sul piano della *civilis obligatio* si realizzano esclusivamente in via indiretta, assicurando al debitore l'eccezione avverso la pretesa dell'attore all'adempimento della prestazione originalmente promessagli. Per il giurista francese, dunque, il *pactum de non petendo* non

naturale, l'unico sul quale è in grado di esplicitare la propria efficacia. Di fronte a questa considerazione non hanno rilevanza le critiche fondate sull'esegesi del testo romano: « Istum effectum quidam revocaverunt in dubium. et dicunt pactum de non petendo non obligat naturaliter ad non petendum. Lex est expressa que dicit quod qui fecit pactum de non petendo non est obligatus ff. de iure dotium l. si preter § qui debitorem. adhereo illi sententiae quod pactum de non petendo obligat naturaliter ad non petendum: similiter acceptatio civiliter et naturaliter obligat ad non petendum... ». JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

(7) « Item pactum de non petendo inducit exceptionem. si agatur potest excipi. Institutiones de exceptionibus circa principium et iste effectus non est dubius. ». JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

(8) JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Pacta novissima C. de pactis* (fol. 57 r. col. 2).

produce un effetto estintivo dell'*obligatio civilis*, ma un effetto impeditivo dell'esercizio dell'azione corrispondente:

« Unde dicit litera: exceptio replicatione elidetur ff. eodem lex si unus § pactus. exceptio replicatione obiecta ab homine elidetur: et melius diceret perimetur. Unde non tangit pactum de non petendo civilem: sed ei detrahit naturalem. Unde pactum de non petendo non operatur ipso iure in civilem obligationem. sed ius civile ipso pacto armat reum. dat ei exceptionem de quadam equitate: quia exceptiones sunt arma reorum et actiones sunt arma actorum et si vult proponat eam in iudicio reus: et tunc suo obiectu perimit civilem. » ⁽⁹⁾.

Il fenomeno che i *doctores antiqui* esplicavano sul piano sostanziale, viene completamente versato dal *doctor modernus* sul profilo processuale. Un mutamento di prospettiva di estrema importanza, che riflette pienamente la concezione funzionale della relazione tra *pactum* e *vestmentum*, propria del Révigny. La visione dei glossatori postula, come abbiamo più volte sottolineato, che il consenso e la qualificazione siano due strutture concettualmente autonome e indipendenti, dal cui connubio scaturisce l'azionabilità della fattispecie. Ciascuna struttura riproduce il medesimo vincolo obbligatorio, l'una valutandolo sul profilo *naturale*, l'altra su quello *civile*. Il legame tra queste due dimensioni si realizza nel momento stesso della conclusione del contratto, talché l'estinzione dell'obbligazione naturale priva di efficacia autonoma la residua obbligazione civile.

Nel modello del Révigny, al contrario, il contratto è azionabile allorché persegue una funzione giudicata meritevole dall'ordinamento, che predispone per ciascuna la struttura di formazione — il *vestmentum* — più idonea a rappresentarne le peculiarità. Il *pactum de non petendo* non è in grado di porre nel nulla l'*obligatio civilis*, poiché questo è il profilo dell'obbligazione in cui si definisce la tutela assicurata dalla *lex*, ed è quindi sottratta alla disponibilità delle parti. Il suo effetto precipuo consiste nell'elidere la sola *obligatio naturalis*, una funzione cui l'ordinamento assicura tutela conferendo al beneficiario della remissione il rimedio più consono per perseguire il proprio interesse: l'eccezione contro il creditore che avanza la

⁽⁹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

propria pretesa sulla scorta del titolo originario e quindi in frode del secondo accordo da lui stretto ⁽¹⁰⁾.

La concezione funzionale della qualificazione restituisce in sé stessa la nozione unitaria dell'obbligazione, evidenziando che il *vinculum naturale* e il *vinculum civile* siano prospezioni diverse della medesima realtà. Partendo da questo punto di vista, il Rèvigny pone in una linea unitaria i diversi effetti del *pactum de non petendo*, che i glossatori dovevano comunque riferire all'uno o all'altro di tali profili:

« Habetis ergo quattuor effectus pacti de non petendo. Primus effectus tollit naturalem. Secundus effectus est inducit enim naturalem obligationem ad non petendum. remotiorem exceptionem inducit remotissimum elidit civilem: immo potius perimit: et ita ordinati sunt isti effectus. » ⁽¹¹⁾.

Dall'effetto primario di questo accordo, l'estinzione dell'obbligazione naturale, derivano gli altri tre, che è possibile graduare quanto alla loro relazione rispetto ad esso. In questo modo, il primo effetto derivato è l'obbligo che la parte remittente contrae a non richiedere ulteriormente l'adempimento del credito originario; da questo consegue l'eccezione che il debitore rimesso può opporre alla pretesa avversaria; da tale *remotus effectus* ne deriva un altro, *remotissimus*: l'impedimento all'esercizio dell'*obligatio civilis*. La visione funzionale della relazione tra *pactum* e *vestmentum* realizza per definizione una concezione unitaria del contratto; tutti gli effetti del *pactum de non petendo* si possono riferire a questa, senza bisogno di riportarli o sul solo lato *naturale* o sul solo lato *civile*.

⁽¹⁰⁾ Il *pactum de non petendo* per sua natura non attribuisce alla parte che se ne avvale alcuna utilità che possa vederlo parte attiva in un giudizio. L'unica tutela che può derivare si sostanzia nell'impedimento dell'azione avversaria, concetto che il RÈVIGNY esprime sottolineando come le azioni siano *arma actorum* e le eccezioni *arma reorum*. Così continua, significativamente, il passo riportato nel testo e di cui alla nota precedente: « ...in iudicio est quidam conflictus. actor habet arma sua et reus arma sua et sicut duo armati. unus ex una parte alius ex alia. non tangunt se: nec ledunt. nisi simul veniant ad conflictum: sic actor et reus antequam veniunt ad iudicium in conflictu proicit quilibet sua iacula: actor actionem reus exceptionem. tunc exceptionem suo obiecto elidit civilem, immo ut verius loquamur perimet... ».

⁽¹¹⁾ JACQUES DE RÈVIGNY, ult. loc. cit.

Questa razionalizzazione consente di avere una piena specularità tra gli effetti del patto remissorio e del successivo *pactum de repetendo*, senza il rischio, presente alla concezione strutturale dei glossatori, di perdere il dato dell'unicità del vincolo obbligatorio:

« Quid ergo facit. inducit naturalem obligationem ad dandum. iste est primus effectus pacti de petendo. Item inducit naturalem obligationem ad non opponendam exceptionem pacti de non petendo. obligat enim naturaliter ad non opponendum pacti exceptionem. ista duo unum sunt. Item inducit replicationem. Item alius effectus remotior est obiectu replicationis perimitur exceptionem. Ecce remotissimus effectus sanatur civilis elisa. Unde per replicationem pacti de petendo sanatur civilis et adiuvatur actio. » ⁽¹²⁾.

Il patto successivo con cui le stesse parti convengono di restituire efficacia all'obbligazione originaria è un accordo che, al pari del precedente patto di remissione, produce la disposizione di un diritto. Il suo effetto tipico, quindi, non è quello di far rivivere la *naturalis obligatio* estinta dal *pactum de non petendo*, ma costituire un'autonoma obbligazione *ad dandum*, che ne riprende il contenuto. Da questa obbligazione deriva, come altro lato della medesima realtà, la *naturalis obligatio* per il debitore a non opporre in giudizio l'eccezione che gli derivava dal precedente accordo liberatorio. Anche in questo caso, dalla conseguenza principale del *pactum* deriva un *remotus effectus*, la *replicatio*, che a sua volta ne produce uno *remotissimus*: la piena vigenza dell'*obligatio civilis*.

1.3. *Pierre de Belleperche e Cino da Pistoia.*

Il confronto tra le posizioni di Odofredo e di Jacques de Révigny circa la categorizzazione degli effetti del *pactum de non petendo* ci indica lo stretto legame di consequenzialità che i giuristi di diritto comune pongono tra il modello assunto per rappresentare l'azionabilità delle fattispecie e la concezione della struttura dell'obbligazione risultante dal contratto. Una relazione che si pone rispetto ad un fine determinato: assicurare in ogni caso la dimensione

⁽¹²⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. Pacta novissima C. de pactis* (fol. 57 v. col. 1).

unitaria del vincolo obbligatorio. L'ottica strutturale della qualificazione, propria dei glossatori, è naturalmente indotta a riproporre il dualismo fra il *pactum* e il *vestmentum* sul piano dell'obbligazione, imputando al primo dato la creazione del profilo *naturale*, al secondo la produzione della parallela *obligatio civilis*. L'unità del vincolo viene garantita da Odofredo, che segue largamente il pensiero di Azone, assumendo che l'*obligatio naturalis* rappresenti il momento di determinazione del contenuto dell'obbligazione *civile* talché, posta nel nulla la prima dal *pactum de non petendo*, anche la seconda ne risulta estinta. Questa concezione si dimostra ulteriormente nell'individuazione dell'ulteriore effetto del patto remissorio, dato dalla nascita di un obbligo per il creditore a non chiedere l'adempimento: poiché l'*obligatio naturalis* rappresenta il contenuto del rapporto, l'intervento di un successivo accordo di segno contrario fra le stesse parti produce un'*obligatio naturalis* dal contenuto opposto.

Il modello ricostruttivo del Révigny accetta i due profili strutturali del *pactum* e del *vestmentum*, rileggendoli tuttavia in quella relazione funzionale, più volte illustrata, in cui la sintesi tra il contenuto dell'obbligazione e la sua efficacia alla piena sanzione si realizza sin dal momento di conclusione del contratto. Nel vincolo obbligatorio si può quindi osservare (non sempre, come vedremo) un lato *naturale* e un lato *civile*, ma essi non si pongono più come profili autonomi e paralleli, bensì come due dimensioni perfettamente reciproche dello stesso oggetto. In quest'ottica gli effetti del *pactum de non petendo* possono essere letti in una relazione di perfetta consequenzialità, per cui da un esito immediato derivano effetti sempre più indiretti.

L'analisi del Révigny circa gli effetti del *pactum de non petendo* viene puntualmente ripercorsa dal Belleperche. Questi aderisce pienamente alle posizioni del maestro circa l'individuazione della prima conseguenza possibile del patto remissorio:

« primo ergo naturalem tollit. verbi gratia. promisisti decem per stipulationem et sic es michi obligatus naturaliter et civiliter. factio est pactum de non petendo. Istud pactum tollit naturalem ipso iure ut ff. de solutionibus l. Stichum et pamphilum § naturalis. Quare. haec est ratio [...] est tam naturale et civile. obligatio naturalis consensu inducitur ut ff. de

pactis lex prima § adeo. ergo a contrario consensu consensu tollitur... » (13).

L'estinzione dell'obbligazione naturale è l'effetto fondamentale del *pactum de non petendo*, pacificamente ammesso tanto dai glossatori che dal Révigny (14); su questo punto la tesi del Belleperche è perfettamente in linea con quella del maestro. (15) Allo stesso modo l'allievo ribadisce che il patto remissorio, estinguendo l'obbligazione naturale del debitore verso il creditore ne produce un'altra di segno contrario, per la quale il creditore è impegnato a non chiedere l'adempimento della prestazione cui ha rinunciato:

« Item dicunt doctores pactum de non petendo obligat paciscentem naturaliter ad non petendo [...] nam qui convenit aliquid dare consensu suo obligatur naturaliter ut ff. eodem lege prima § adeo. [...] si promitto

(13) PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, MS Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana Plut. 6 sin. 6, fol. 80 rb.

(14) Anche se, come vedremo meglio in seguito, in una prospettiva tipologica diversa. I glossatori esemplificano le ipotesi di patto remissorio sempre sul terreno delle obbligazioni contrattuali che, nella loro visione, sono sempre caratterizzate dalla compresenza di un'*obligatio naturalis* e di un'*obligatio civilis*. Il RÉVIGNY, introducendo questo primo effetto soggiungeva che il *pactum de non petendo* elimina la *naturalis obligatio* « ubi invenit eam », con ciò ponendo indirettamente l'esistenza di una classe di obbligazioni sulle quali il patto di remissione non può produrre questo effetto perché, semplicemente, non contengono quel profilo naturale sul quale tale patto tipicamente incide. Il BELLEPERCHE, su questa linea, fornisce un esempio di questa ipotesi: « Item dicunt doctores. super obligationem efficaci interpositum tollit naturalem. hoc est verum si reperiat eam tollendam. ratio est. si rem meam possideas et tibi facio pactum de non petendo, in casu isto non tollit naturalem quia naturalem non reperiat. quia quando rem meam possides nullo iure est mihi obligatus, ut Inst. de actionibus § primo. » PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(15) I termini dell'analisi del BELLEPERCHE sono puntualmente ripresi da CINO DA PISTOIA: « Ad hoc investigandum quaero, quot vires habet pactum de non petendo, super efficaci obligatione appositum? Responde quattuor vires habet. Prima est, quia naturalem tollit, ut dicto § naturalis et ratio colligitur ex lege prima ff. eodem et l. nihil tam naturale ff. de regulis iuris. Dixi super efficaci obligatione appositum, scilicet, obligatione naturali et civili, quia ubi non inveniret praecedentem obligationem tollendam, tunc non tollit, sicut est, ubi quis nullo iure obligatus est, ut inst. de actionibus § primo ubi dicitur, quod ille qui rei vendicatione tenetur, nullo iure est obligatus. Sed tamen gloss. circa illud variant, et etiam Moderni Doctores... » (*super Codicem, ad l. Pacta quae contra C. de pactis* n. 4, fol. 49 r. col. 2).

non petere per sollempne stipulationi civiliter et naturaliter sum obligatus ergo si pactum nudum factum de non petendo naturaliter sum obligatus non petere... » (16).

Il Belleperche segue quindi pienamente il Révigny nella riproposizione della tesi azoniana: se le parti non si fossero accordate sulla remissione con un patto nudo, ma avessero versato tale negozio nel contesto di una *stipulatio*, il creditore originario sarebbe obbligato a non chiedere l'adempimento, per definizione, sia sotto il profilo naturale che sotto quello civile. Nulla di strano che, facendo ricorso al patto nudo, si costituisca in capo al creditore la sola *naturalis obligatio* dotata del medesimo oggetto.

Uno schema che regge di fronte alle critiche di chi ritiene che il medesimo titolo non possa produrre due obbligazioni eguali e contrarie. La risposta del Belleperche si centra sul concetto di *causa*, di cui si evidenzia la relatività, sia soggettiva che oggettiva:

« Respondeo. eadem causa non inducit liberationem et obligationem. verum est in eadem persona. Istud quod me liberat non me obligat. Sed pactum de non petendo liberat debitorem et obligat creditorem ad non petendum sic intelligo ff. de solutionibus qui hominem § ult. ad l. aliam respondeo. qui pacisci non obligatur. verum est ad dandum sed ad non faciendum sic. » (17).

Una tesi fatta di due argomentazioni diverse. La prima rende in un lessico più raffinato dal punto di vista tecnico la tesi sostenuta da Azone e fatta propria dal Révigny; la seconda integra la prima completando il quadro dal punto di vista del contenuto del vincolo obbligatorio creato dal *pactum de non petendo* (18). Il concetto di

(16) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(17) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(18) La tesi di chi contesta la costituzione in capo al creditore remittente di una *naturalis obligatio ad non petendum* si basa difatti su due argomenti di origine diversa. Il primo, che il BELLEPERCHE risolve dal lato soggettivo, è un argomento *de ratione*; il secondo deriva da una *lex expressa*, per come viene ribadito da CINO DA PISTOIA: « Hanc sententiam quidam impugnant, primo per rationem, secundo per legem. Dicunt enim, quod non obligat naturaliter non petere, nam eadem res non potest contrarios effectus parere. ff. de solutionibus l. qui homine § ult. Praeterea lex est expressa, quae hoc dicit

causa non conduce il Belleperche a inquadrare il problema del patto remissorio in termini diversi da quelli adoperati dai suoi predecessori. Segnatamente, il Belleperche rifiuta la possibilità di risolvere la questione dell'efficacia del *pactum de non petendo* intendendo questa fattispecie come un negozio autonomo, vedendovi uno dei tanti modi in cui può sostanzarsi una donazione:

« *pactum de non petendo donatio non est. ut ff. de donationibus l. in omnibus. olim ex pacto donationis non agebatur hodie sic [...] si michi fecit pactum de non petendo animo donandi videtur se obligare. ergo agam contra ipsum quod non petet vel si petat ad interesse agam contra ipsum. argumenta infra de donationibus lex si quis ar. § in hiis. In hoc non sto cum eis.* »⁽¹⁹⁾.

Se così fosse, il creditore remittente si obbligherebbe verso il debitore liberato anche *civiliter*, con la conseguenza che a quest'ultimo dovrebbe spettare un'azione. Una ricostruzione che non si attaglia alle caratteristiche del *pactum de non petendo*:

« Sed illud pactum obliget ad non petendum unde ex illa obligatione non agam ut ff. eo. l. iurisgentium § sed cum nulla. Probo donatio est [...] et ex donatione hodie agetur iure novo ergo et cetera. dico quod ex nudo pacto donationis quod non habet secum traditioni vel quasi oritur actione in factum. Sed de illo pacto de non petendo quod habet secum traditionem vel quasi non agitur olim nec hodie. pone promisi tibi decem. In casu isto agitur condictione ex lege illa aliae si quis argentum sed ex il-

ff. de iure dotium l. si pater § qui debitorem. Sed his respondebatur per Azonem sic primo ad rationem, quia verum est in eadem persona, sed hoc pactum de non petendo liberat debitorem, et obligat creditorem. Ad legem expressam respondit, qui paciscitur non obligatur, verum est ad dandum, sed ad non petendum sic, et ita intelligitur § qui debitorem. et huic opinioni Azonis adhaeret Iacobus de Ravanis... ». CINO DA PISTOIA, *super Codicem in l. Pacta quae contra C. de pactis* n. 4 (fol. 49 r. col. 2- 49 v. col. 1).

⁽¹⁹⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.. Così CINO DA PISTOIA: « Item est alius effectus secundum quosdam, quia pactum de non petendo donatio est, ut ff. de donationibus l. in aedibus, et ex pacto donationis hodie agitur. Unde si paciscens petat, agetur contra eum ad interesse, ex pacto donationis arg. inst. de dona. l. si quis argentum § in his. Istud non placet Petro, quia licet istud pactum sit donatio, et obliget ad non petendum, tamen ex illa obligatione non agitur, ut ff. eodem l. iurisgentium § si cum nulla. » CINO DA PISTOIA, *super Codicem in l. Pacta quae contra C. de pactis* n. 5 (fol. 49 v. col. 1).

lo pacto donationis qui secum habet suam executionem non potest agi. » (20).

La donazione è azionabile allorché il donante non la abbia già eseguita, come accade nel patto con cui taluno si impegna a dare una somma di denaro a questo titolo. In questo caso il donatario ha azione per l'adempimento, ma non nel caso in cui, come nel *pactum de non petendo*, l'atto di liberalità contenga già in sé, nel momento in cui viene posto in essere, la propria esecuzione (21). Per il Belleperche l'effetto tipico di tale accordo è la produzione di un'eccezione, descritto in piena continuità con le letture precedenti e, in particolar modo, con quella del Révigny (22).

Nel descrivere gli effetti del *pactum de non petendo*, difatti, l'allievo non si distacca dal maestro che in un punto, tuttavia fondamentale:

« Quarto elidit civilem istud pactum de non petendo naturalem tollit non autem civilem quid tunc elidit eam hoc est tollit sibi effectum suum, quia civilia civilia tollere possunt et naturalia naturalia. non autem e contra ut institutiones de legitima agnatorum tutela § [cognitionis]. quod hoc sit verum quod civilem elidat inducuntur § all. pactus ne peteret » (23).

Come abbiamo visto, il Révigny poneva i quattro effetti possibili

(20) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(21) Per come è ribadito da CINO DA PISTOIA: « Et quod dicitur, quod ex donatione agitur, verum est quando pactum donationis non habet secum traditionem, vel quasi, alias nec olim nec hodie agitur., ut d.l. si quis § in his. Modo ita est in casu nostro, quod pactum de non petendo habet statim executionem, et suam traditionem, nam dat exceptionem, et ideo non inducit actionem... ». CINO DA PISTOIA, ult. loc. cit.

(22) « Item pactum de non petendo exceptionem inducit ut inst. de exceptionibus et ff. eodem l. si unus § pactus ne peteret. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, MS Firenze, Biblioteca Medicea Laurenziana Plut 6 sin. 6, fol. 80 va. Negli stessi termini, CINO DA PISTOIA: « Tertia virtus pacti de non petendo est, quod exceptionem inducit, ut dicto § pactus ne peteret et insti. de exceptionibus. » CINO DA PISTOIA, ult. loc. cit.

(23) PIERRE DE BELLEPERCHE, ult. loc. cit. Il passo delle Istituzioni cui si fa riferimento nel testo è il seguente: « Cognitionis vero ius non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non utique. » (*Institutiones Iustiniani*, I, 15, 3).

del *pactum de non petendo* in una relazione di perfetta consequenzialità, per cui dall'estinzione della *naturalis obligatio* deriva, come esito più remoto, la perdita d'efficacia dell'*obligatio civilis*. Il Belleperche rifiuta questa prospettiva, ritornando a inquadrare su due piani autonomi e separati i due lati di cui si compone il vincolo contrattuale. In particolare, egli rifiuta la conseguenza principale dell'impostazione del maestro:

« scripta doctorum reprehendant et dicunt pactum de non petendo antequam ad conflictum civilem non tangit sed illesa remanet sed tunc demum cum ad conflictum veniunt tunc civili eliditur et plus perimitur ipso iure. Nam si elidatur non ipso iure tollitur sed si perimitur tunc ipso iure tollitur... » (24).

La visione del Révigny comporta necessariamente la rilevanza *ipso iure* del *pactum de non petendo* sul lato civile dell'obbligazione, in un rigido automatismo nella produzione degli effetti che si impone alla volontà delle parti. Una concezione che il Belleperche critica, richiamandosi all'insegnamento dei glossatori:

« ...sto cum scriptis pro parte et pro parte non, sed cum glossa. glossa dicit antequam ad conflictum veniunt non laedit causam. sed demum per obiectum exceptionis ipso iure tollit eam. Istud non concedo sed sto cum doctores secundum quod dicunt civilia possunt tollere civilia non autem naturalia ergo pactum naturale non ipso iure tollit civilem... » (25).

In questi termini, egli evidenzia come la visione processuale del Révigny (26) non conduca necessariamente a intendere gli effetti del patto remissorio in una relazione di rigida consequenzialità, ma possa comunque rappresentare il necessario dualismo di ogni rapporto obbligatorio, composto di un lato sul quale si definisce il

(24) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(25) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(26) Di cui il BELLEPERCHE, significativamente, riprende l'esemplificazione: « Inteligo id est perimitur quod ita sit probatur per exemplum naturalem. duo pugiles antequam ad conflictum veniunt unus non laedit alium sed cum ad conflictum veniunt unus perimit alium. sic actiones sunt arma actorum. cum ad conflictum veniunt per obiectum exceptionis actionem perimitur... ». PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

contenuto normativo del vincolo, cui aderisce il profilo relativo alla sua tutela.

Nella diversa concezione degli effetti che il *pactum de non petendo* ha sull'*obligatio civilis* possiamo agevolmente cogliere la differenza tra i due massimi *doctores Ultramontani* sulla ricostruzione della fattispecie contrattuale. Per il Révigny l'obbligazione è un oggetto intrinsecamente unitario, in cui l'*obligatio civilis* non è che l'immagine dell'*obligatio naturalis* trasposta su un piano diverso di legittimazione. Cadendo quest'ultima, anche la prima viene necessariamente a decadere. Un'impostazione che riflette pienamente la rappresentazione della fattispecie contrattuale come specifica struttura di consenso, realizzata attraverso una determinata procedura di formazione, cui l'ordinamento di volta in volta concede tutela valutandone la funzione. Ove un successivo accordo tra le stesse parti pone nel nulla il contenuto funzionale del contratto originario, viene conseguentemente a elidersi la tutela predisposta dall'ordinamento.

La concezione del Révigny è comunque reminiscente dello schema di legittimazione proprio dei glossatori, nel momento in cui ripropone, pur centrandola su concetti in larga parte diversi, l'immagine di un nucleo naturale cui aderisce un momento civile di qualificazione; la differenza tra questi e i *doctores antiqui* si realizza allorché la relazione fra questi due momenti non avviene ponendoli su piani separati, ma mostrando come il dato civile sia consequenziale al dato naturale.

La concezione del Belleperche è quasi l'immagine in negativo di quella del suo maestro. Da un lato egli recupera la differenza di piani fra legittimazione sostanziale e tutela dell'ordinamento, fra *obligatio naturalis* e *civilis*, ribadendone l'autonomia, talché un fatto giuridico appartenente al primo profilo non può incidere su un fenomeno completamente definito sul secondo; dall'altro lato, egli realizza in modo più stretto la relazione fra questi due piani, che giungono ad una piena sintesi reciproca nel concetto di *causa*.

Pactum nudum est placitum quod non habet causam sibi consistendi subiectam: una volta che un determinato regolamento privato d'interessi è dotato della piena tutela, lì si verifica l'unione inscindibile tra il momento *naturale* e il momento *civile*. Un patto nudo

come il *pactum de non petendo*, non avendo una *causa subiecta* ⁽²⁷⁾, non può intervenire sull'intera realtà del vincolo obbligatorio creato da un contratto pienamente valido e azionabile, ma solo sul lato ad esso omogeneo. L'altro, completamente autonomo dal primo, può elidersi in via indiretta, *ope exceptionis*, giammai essere estinto in via diretta, *ipso iure*. In questo modo tale ricostruzione si presenta come perfettamente complementare a quella del maestro nel momento in cui si rapporta alla visione dei glossatori. Il Belleperche si distacca dall'insegnamento dei *doctores antiqui* sul punto in cui il maestro vi si accomuna, postulando uno schema di legittimazione che prescinde dal *vestmentum* come fattore di qualificazione e centrando tutto il suo modello sul lato funzionale. L'accordo fra privati, in tal senso, è azionabile nel momento in cui integra una *causa*, restando indifferente al sistema che essa si sostanzia in un *nomen*, come nei casi degli accordi conclusi *re, verbis, literis* e *consensu* o nel *rei interven-tus*, elemento che caratterizza i contratti che si concludono con l'inizio unilaterale dell'esecuzione.

D'altro lato, il Belleperche si riappropria dell'assunto caratterizzante dell'architettura dei glossatori: il necessario parallelismo fra profilo *naturale* e profilo *civile* dell'obbligazione. Un dato che serve all'allievo per riportare sul piano sostanziale la differenza intercorrente tra il *pactum nudum* e il patto provvisto di piena sanzione, che il maestro tendeva a tradurre in una relazione eminentemente processuale.

2. *L'unità della fattispecie contrattuale.*

Tali differenze circa l'impostazione del problema degli effetti del *pactum de non petendo* si traducono in analoghe diversità quanto alla ricostruzione della fattispecie contrattuale, che possiamo misurare tanto nel rapporto specifico tra la posizione del Révigny e quella del Belleperche, quanto nella più vasta relazione fra il nuovo ambito sapienziale da questi incarnato verso il tradizionale insegnamento dei glossatori.

⁽²⁷⁾ Cosa che sarebbe vera se lo si potesse considerare come una donazione: apprezziamo l'importanza dei rilievi di forte critica operati dal BELLEPERCHE verso questa tesi, esposti *supra*.

I *doctores antiqui*, analizzando la vicenda del *pactum de non petendo*, partono costantemente dall'ipotesi che in ogni contratto, senza alcuna eccezione, si produca un vincolo fra le parti composto tanto di una *naturalis* che di una *civilis obligatio*. Una conseguenza necessaria, come abbiamo più volte visto, del loro schema di qualificazione, che riserva al nucleo di consenso un'efficacia limitata al primo profilo, che si completa del secondo in presenza del *vestimentum*.

Gli Ultramontani, al contrario, partono da una concezione diversa, per come possiamo vedere nel Belleperche:

« Sic quattuor effectus habet istud pactum de non petendo. et istud verum est ubi est reperire naturalem cum civili tunc istud pactum de non petendo naturalem tollit. ubi nam tenebatur per stipulationem tunc tollit naturalem ut ff. de solutionibus l. Stichum § naturalis. pone non erat civilis et naturalis in illo contractu super quo interponitur istud pactum de non petendo sed naturalis tantum. » (28).

L'intangibile assunto dei glossatori si trasforma così in un problema per i giuristi francesi che, in piena uniformità di vedute, proclamano su questo punto la loro estrema distanza dai *doctores antiqui*:

« in hoc non sto cum eis. dico in obligationibus iuris gentium ut in contractu locationis venditionis non reperire aliquem civilem obligationem sed solum naturalem. » (29).

I *doctores moderni* completano così la propria rivoluzione sistematica. Per i glossatori la differenza tra contratti *iuris civilis* e contratti *iuris gentium* non si poneva nei termini di una diversa legittimazione alla piena sanzione. I contratti del primo tipo, come abbiamo visto, si caratterizzano nella loro prospettiva per un rapporto più diretto con la *lex*, che li provvede direttamente di quella tutela di cui quelli del secondo tipo sono gratificati in stretta dipendenza dal loro contenuto. In questi termini, il principale esempio di contratto *iuris civilis* è offerto dalla *stipulatio* in cui, al

(28) PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, cit., fol. 80 va.

(29) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

pari che nel contratto letterale, l'azione una volta formatasi conduce esistenza autonoma rispetto alle sorti del contenuto obbligatorio della fattispecie che l'ha posta in essere. Al contrario, fattispecie come la compravendita o il mutuo sono definite immediatamente nel vivo del loro regolamento d'interessi: modificato questo, viene a modificarsi immediatamente la struttura della loro tutela. Tale distinzione conduce ad una piena tipologia strutturale delle fattispecie, ma questa non delinea una speculare tipologia della legittimazione: una volta accertato che un dato accordo è azionabile, a tale caratteristica concorre tanto la *naturalis* quanto la *civilis ratio*, la cui unione, riflesso pieno della sintesi tra patto e *vestmentum*, è l'unica radice della piena tutela.

La tesi degli Ultramontani è totalmente opposta:

« glossa dicit quod non est una substantia sed duo sunt vincula et duae obligationes et exponit [...] Sed tu quaeris de omnibus contractibus iuris gentium et fere sunt iure gentium omnes contractus ut supra de iustitia et iure l. ex hoc iure gentium. dico quod in omnibus contractibus iuris gentium non est civile vinculum. dixi argumenta quod in illis obligationibus agebatur ante ius civile »⁽³⁰⁾.

Il Révigny riporta coerentemente sul piano dell'obbligazione il suo schema di ricostruzione della fattispecie contrattuale, per il quale l'azionabilità delle fattispecie deriva principalmente dal riconoscimento che l'ordinamento presta alla funzione che esse intendono assolvere. In quest'ottica, come abbiamo visto, tutte le fattispecie sono azionabili nel momento in cui integrano una *species* definita, il che conduce a intendere il *vestmentum* non più come struttura di qualificazione, ma soltanto come modalità di conclusione del contratto, lasciando ad un altro piano la valutazione circa la sua piena tutelabilità.

Nella concezione del Révigny la distinzione tra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* non rileva più come differenza *tipologica* fra fattispecie la cui azionabilità è ricavata su un piano unitario di qualificazione, bensì come differenza *morfologica*, indicativa di due

⁽³⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Si unus. ff. de pactis*, fol. 143 va.

strutture fortemente diverse, che derivano la propria piena tutela da differenti schemi di legittimazione. L'azionabilità dei contratti *iuris gentium*, segnatamente, va misurata *ante ius civile*, poiché la *lex* non ha, in questo caso, il compito di determinare il contenuto obbligatorio della fattispecie, ma soltanto quello di riconoscerne la funzione. Posto che tutti i contratti sono azionabili in virtù di una valutazione dell'ordinamento, il ruolo della *lex* si esprime in modo assai diverso nei contratti *iuris gentium*, ove è chiamata a riconoscere una funzione che non contribuisce a determinare, rispetto agli opposti contratti *iuris civilis*, per i quali essa entra comunque fra gli elementi costitutivi della fattispecie.

Una differenza che il Révigny fa emergere chiaramente mostrando le contraddizioni ineludibili della visione dei glossatori:

« si dicimus quod non agetur sed ius civile addet civile vinculum ut posset agi [...] in contractibus unde in omnibus contractibus qui habebant efficaciam per ius civile nullam obligationem addit. si quaero de illis obligationibus quae dicimus iuris civilis distinguo aut obligatio quae dicimus iuris civilis intelligitur quod si non esset ius civile obligatur naturaliter aut intelligitur quod si non esset ius civile non obligatur naturalem. stipulatio dicitur iuris civilis et si non esset ius civile naturaliter ut pactum nudum quia habet in se consensum, supra eodem l. prima. unde dat ei efficaciam ius civile. sed illae inducitur ius civile obligationes quae aliter non essent ius civile nulla essent ut condictio ex lege (in quibus) tantum est civile vinculum » ⁽³¹⁾.

Procedendo dalla concezione dei *doctores antiqui*, occorre vedere nello *ius civile* un elemento che aderisce in termini strutturalmente apprezzabili a ogni fattispecie dotata della piena tutela, talché ciascuna produce due vincoli obbligatori, uno *naturale* e l'altro, appunto, *civile*. Uno schema che, se per definizione comprende la realtà di quei contratti che esistono prima di ogni valutazione da parte della *lex* e da questa vengono sanzionati *ex post*, non può rappresentare la vicenda di quelle fattispecie che vengono create immediatamente dallo *ius civile*. Il Révigny evidenzia come nella categoria unitaria dei contratti *iuris civilis* i glossatori pongano due tipologie che essi stessi definiscono in modo assai diverso: la prima

⁽³¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

è quella dei contratti come la *stipulatio* o il contratto letterale, in cui il consenso delle parti determina integralmente il contenuto del negozio, che viene dotato di efficacia dallo *ius civile*; le seconde sono quelle che i tardi glossatori dicono vestite dell'*auxilium legis* e tutelate attraverso la *condictio ex lege*, in cui lo *ius civile* definisce esattamente le posizioni soggettive delle parti. In queste ultime, adoperando delle categorie dei glossatori, non si ha la possibilità di riconoscere un vincolo *naturale* cui si associa un'obbligazione *civile*, poiché tutta la realtà del negozio viene definita da questi giuristi esclusivamente su quest'unico piano.

La prospettiva del Révigny rifiuta radicalmente, come abbiamo visto, l'esistenza stessa del *legis auxilium*, affermando che fattispecie come la donazione, la dote, il *constitutum debiti*, l'enfiteusi o la *sponsalitia largitas*, tutte vestite del *legis auxilium* per i tardi glossatori, sono in realtà ipotesi di contratti vestiti *consensu* perché, al pari della compravendita o della locazione, si concludono con il semplice accordo delle parti, sanzionato dall'ordinamento in virtù della meritevolezza della funzione perseguita. Questa concezione postula la ridefinizione del ruolo dello *ius civile* nel tratteggiare i confini della tipologia:

« sed in prima est utrumque vinculum ut in stipulatione unde in stipulatione est vinculum ergo naturale et civile et probatur infra de condictio indebiti lex si fideiussor et sic dico verum ius civile inducit obligationes quae habet efficaciam obligationis secundum ius civile et sunt duo vincula naturale et civile ».

Escludendo il *legis auxilium*, la diretta opera di qualificazione da parte della norma, il Révigny ribadisce che tutti i modelli contrattuali definibili come di *ius civile* sono dotati di una struttura esemplificabile su quella della *stipulatio*, nella quale il consenso delle parti espresso attraverso una formula determinata su di un dato oggetto le obbliga sul piano *naturale* e su quello *civile*, restando inammissibile l'esistenza di un vincolo che si legittimi esclusivamente su questo secondo piano. In questi contratti è dunque ravvisabile una duplice obbligazione, poiché essi fondano la propria esistenza sul piano naturale e traggono la loro legittimazione alla tutela sul profilo offerto dallo *ius civile*:

« Sed quia vero sunt duo vincula obligationis naturale et civile in quantum sublata naturali ipso iure possit remanere civilem. videtur quod non ius civile obligationem fundavit sed operatum est secus naturali obligatione. unde videtur ante ius civile erat naturalis. fundavit in civile civilem obligationem ut si tollatur naturalis ipso iure et destructis primis ipso iure enim ad alios remanere ut remanebit civilis. »⁽³²⁾.

Nella visione del Révigny i contratti *iuris civilis* non sono tali per il ruolo immediatamente costitutivo dell'obbligazione assunto dalla *lex*, come è proprio della concezione dei glossatori. In tutti i contratti, di qualsiasi specie, la norma superiore è chiamata a qualificare il regolamento di interessi voluto dalle parti: i contratti *iuris civilis* si distinguono da quelli *iuris gentium* per il motivo che la relazione qualificativa si esprime mediante la produzione di due vincoli obbligatori, non già perché essa si realizzi, come presso i glossatori, attraverso uno schema che vede la norma superiore assurgere ad elemento stesso della fattispecie contrattuale.

Possiamo quindi affermare che gli Ultramontani definiscono il ruolo dello *ius gentium* e quello dello *ius civile* non più in termini di qualificazione strutturale del consenso, bensì di legittimazione complessiva della fattispecie. La particolarità dei contratti *iuris civilis*, l'autonomia della tutela rispetto al contenuto obbligatorio, viene spiegata dai glossatori come il risultato dell'adesione al consenso delle parti di un momento strutturale indotto dalla *lex*, mentre per i giuristi francesi è la conseguenza del fatto che taluni contratti traggono legittimazione alla propria tutela su due piani distinti e concorrenti, l'uno *naturale*, presente in tutti i contratti; l'altro, *civile*, caratterizzante un ristretto numero di ipotesi.

Talune *species contractus* sono determinate all'interno di una struttura che l'ordinamento tutela sulla base della sola legittimazione naturale; altre sono invece costituite da fattispecie la cui efficacia risulta dal necessario concorso di una legittimazione ulteriore, operata dallo *ius civile*.

Si pongono così le basi per definire diversamente la distinzione tra contratti *iuris gentium* e *iuris civilis*. Nei primi il ruolo dell'ordinamento consiste nel riconoscere l'obbligatorietà e la sanzione che

(32) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

vengono individuate esclusivamente sul piano naturale, mentre il contenuto e la tutela dei secondi sono determinati comunque dalla *lex*. Secondo il concorde insegnamento degli Ultramontani, nei contratti *iuris gentium* il ruolo della *lex* non è di *inventio*, ma di *adprobatio* ⁽³³⁾. In questi termini, la tutela dei contratti *iuris gentium* si pone su un piano anteriore allo *ius civile*; essi producono solo un'obbligazione *naturale*, nei cui confronti lo *ius civile* non è chiamato ad aggiungere alcuna qualificazione strutturale, come è invece proprio della visione dei glossatori:

« Sed pone quod non erat nisi naturaliter obligatio, ut in omnibus obligationibus iurisdictionum, in quibus licet glossatores nostrorum maiorum dicunt quod sit civiliter et naturaliter obligatio. Isti doctores Iacobus et Petrus dicunt quod non est, nisi naturalis obligatio: quia ante ius civile agebatur et hoc probatur, quia lex dicit, quod naturales obligationes non ex solo eo existimantur quod actiones aliquae eorum nomine competunt, sed ex eo quod compensari possunt, ut ff. de actionibus et obligationibus l. naturalis et de fideiussionibus l. fideiussor § naturales. Unde dicunt quod naturales civilem non habent inventionem, sed approbationem, ut instit. de obligationibus § primum. » ⁽³⁴⁾.

Un momento di forte distinzione tra due tradizioni giuridiche che viene particolarmente evidenziato da Cino da Pistoia. Le dottrine dei glossatori non possono prescindere dalla necessaria compresenza di un'*obligatio naturalis* e di un'*obligatio civilis* sia nei contratti *iuris civilis* che in quelli *iuris gentium*. In questi termini, la distinzione fra queste due classi di modelli contrattuali viene tracciata su una base omogenea, come graduazione tra diverse ipotesi di tutela. Le tesi ultramontane, al contrario, rendono fortemente disomogenee le due categorie quanto alla struttura del vincolo obbligatorio prodotto: esclusivamente *naturale* nel caso dei contratti *iuris gentium*, partecipe di entrambe le nature nelle fattispecie *iuris civilis*.

Questa impostazione è il substrato comune alle posizioni del

⁽³³⁾ « ...ante ius civile agebatur et hoc dicit lex naturales obligationes non ex solo eo quod competunt existimantur sed ex eo quod compensari possunt ut ff. de actionibus et obligationibus l. naturales et ff. de fideiussionibus l. fideiussor § naturales. unde civilem non dicitur inventionem sed approbationem. » PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, cit., fol. 80 va.

⁽³⁴⁾ CINO DA PISTOIA, *super Codicem, de pactis, l. Pacta quae contra*, n. 7.

Révigny e del Belleperche, che si differenziano una volta che l'analisi si spinge a considerare la struttura del vincolo obbligatorio risultante dal contratto *iuris gentium*. Una volta accettato che questo tipo di fattispecie produce soltanto un'obbligazione *naturale*, difatti, sorge per gli Ultramontani un problema che non poteva porsi per i glossatori. Una questione esegetica di dettaglio, all'apparenza:

« Quæro ergo secundum eos, cum tenearis mihi ex contractu iurigentium naturaliter tantum, si tibi facio pactum de non petendo, an sit naturalis sublata? Videtur quod sic, quia lex indistincte loquitur ut l. Stichum § naturales. Praeterea lex est expressa in mutuo, ff. de iureiurando l. finalis videtur oppositum, quia si tollatur ipso iure naturalis, ideo non potest agi, sed istud non est verum, quia agere possum, ut ff. eodem l. ab emptione et institutiones de replicationibus in principio. »⁽³⁵⁾.

Il mutuo è un contratto *iuris gentium* e, secondo le tesi dei giuristi francesi, esso produce solo una *naturalis obligatio*. Ragionando sulla base di questo principio, occorrerebbe ammettere che un patto nudo *de non petendo* giunga ad estinguere la totalità del vincolo posto in essere da un patto *re vestitum* come il mutuo, andando contro l'espresso disposto di talune *leges* romane. I tentativi di risolvere questa aporia conducono i giuristi francesi a tracciare delle ipotesi sulla struttura del *vinculum naturale* provvide di conseguenze più ampie dal punto di vista sistematico rispetto alla limitatezza del quesito di partenza. Due risposte, quelle del Révigny e del Belleperche, che nella loro diversità di accenti riflettono le differenze tra questi autori per quanto riguarda il modello di qualificazione giuridica del consenso.

La tesi del Révigny porta a distinguere tre specie di contratti *iuris gentium*:

« ...in contractibus quae sunt de iure gentium non est obligatio nisi naturalis et cum dicis per pactum de non petendo tollit naturalis distinguo de iure gentium exstant multae species naturalis obligationis, quaedam efficaces ad agendum quaedam non. unde si quaeratur de naturali inefficaci dico quod tollit ipso iure per pactum. si sit efficax ad agendum distinguo aut est naturalis efficax ad agendum contracta solo consensu tollitur ipso iure per pactum ut infra eodem l. ab emptione. si sit naturalis alio modo

(35) CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., n. 8.

contracta ut in mutuo re nam contrahitur non tollitur ipso iure per pactum. »⁽³⁶⁾.

Il fulcro della costruzione del Révigny, come abbiamo più volte notato, è nel ricondurre l'azionabilità della fattispecie — l'*efficacia* — al fatto che il regolamento voluto dalle parti integra una *species contractus*. In questa visione, vi è perfetta corrispondenza biunivoca tra questi due termini, per cui ogni accordo efficace ricade, perciò stesso, in una *species*. Tale concezione anima la distinzione tracciata nel passo appena citato: in questo senso le ipotesi *iuris gentium* che non sono azionabili, non integrando alcuna *species*, sono senz'altro poste nel nulla da un patto nudo di segno contrario.

Le ipotesi azionabili si distinguono a seconda che si concludano con il semplice scambio del consenso o abbisognino di un elemento ulteriore, come nel caso del mutuo, che necessita della prestazione della cosa oggetto del contratto. Nel primo caso, il *pactum de non petendo* elide *ipso iure* l'intera obbligazione primigenia, non nel secondo. Una differenziazione che viene fondata dal Révigny su un'argomentazione che fa premio su più aspetti⁽³⁷⁾, ma il cui fulcro consiste nella traduzione in termini di struttura obbligatoria del concetto di *species contractus*:

« Si velletis dicere quod in contractibus iuris gentium quae habent efficaciam sunt duae obligationes dicemus quod ibi essent duae naturales et ecce quomodo pactum parit naturalem quia an sit conventiones iure gentium quae habent specialia nomina sit pactum sub specie supra eodem l. iurigentium in principio. in quantum pactum considerando generalem

⁽³⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Si unus. ff. de pactis*, fol. 143 va.

⁽³⁷⁾ Che si centra anche sulla percezione della dimensione equitativa del patto nudo e dell'obbligazione naturale, contrapposta alla dimensione dello *strictum ius*: « ...et sic intelligo legem infra de solutionibus l. stichum aut pamphilum § naturalis et hic dicit in litera si recte intelligatur unde dicit in litera quod vinculum equitas scilicet de pactis quo solo (consensu) sustentabatur obligatio naturalis contracta consensu conventionis equitate dissolvitur equitate. da exemplum de inefficaci pupillus sine tutore promisit per stipulatione et recipit mutuum. factum est pactum de non petendo. obligatio contracta numquam potest dissolui per pactum ipso iure. dico ipso iure tollitur per pactum quia id est naturalis inefficax et sic loquitur infra de iureiurando l. ultima... ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

consensus parit naturalem obligationem et aliam specialem naturalem in quantum tales conventiones quae contrahuntur re. unde illam naturalem specialem non dicemus tolli ipso iure per pactum de non petendo in pacta quae sunt contracta solo consensu tolletur ipso iure per pactum. sed illa specialis naturalis contracta re non tolletur consensu per pactum et illa specialis naturalis posse dici civili approbatione unde lex dicit civiles sunt quae secundum legibus introductae sunt sed etiam legibus approbatae ut institutiones de obligationibus § primum. » (38).

In ogni contratto è possibile verificare l'esistenza di una *naturalis obligatio*, che deriva dal *pactum*, dal semplice momento dell'accordo fra privati. Essa, come abbiamo visto *supra*, si completa di una *civilis obligatio*, che gode per più aspetti di una autonomia strutturale e funzionale, nel caso dei contratti governati comunque dallo *ius civile* come la *stipulatio* o il *chirographum*. Nei contratti *iuris gentium* si ripropone, a giudizio del Révigny, uno schema non dissimile, per cui alla *naturalis obligatio* che si riconnette al mero fatto dell'accordo in quanto tale se ne accompagna una seconda, che deriva dal fatto che quel determinato regolamento di interessi si ascrive in una data *species contractus*. Il ragionamento del Révigny è estremamente perspicuo e dimostra vieppiù come la sua concezione funzionale del contratto si ponga comunque in una relazione di continuità con l'esperienza dei glossatori sul punto della concezione del nesso di qualificazione del consenso. Questo autore, come abbiamo ricordato, non destituisce di fondamento la catalogazione azoniana dei *vestimenta*, ma la rilegge da un nuovo punto di vista, evidenziando come solo in un caso, segnatamente il *rei interventus*, il *vestmentum* sia provvisto di una propria autonomia strutturale. Il Révigny propone di stretta conseguenza una rappresentazione del contenuto obbligatorio del contratto *iuris gentium* che riflette comunque lo schema di qualificazione che presiede il sistema dei *vestimenta*, nel momento in cui alla *naturalis obligatio generalis* che proviene immediatamente dal consenso aderisce in taluni casi una *naturalis obligatio specialis*, che deriva dal momento di qualificazione.

Su questo aspetto si concentra la critica di Pierre de Belleper-

(38) JACQUES DE RÉVIGNY, *Lectura super Digesto veteri, in l. Si unus. ff. de pactis*, fol. 144 ra.

che ⁽³⁹⁾. Questi rifiuta l'idea per cui l'azionabilità della fattispecie procede dall'unione fra il consenso e un momento di qualificazione apprezzabile nella sua autonomia concettuale. Nella sua visione le fattispecie sono dotate di piena sanzione o perché ascrivibili *ex ante* in un determinato *nomen contractus*, carattere nel quale si rappresenta il giudizio di meritevolezza dell'ordinamento a carico della funzione perseguita dalle parti, o perché provviste *ex post* di una *causa*, ossia dell'inizio dell'esecuzione. Una concezione che porta da un lato a configurare la relazione che presiede al riconoscimento della piena tutela ad un dato accordo nell'assolutezza della valutazione operata dalla norma superiore e, dall'altro, alla rappresentazione della fattispecie contrattuale in termini di intrinseca unitarietà. Ciò porta le tesi dell'allievo in netto contrasto con la posizione del maestro:

«...destructa materia generali, impossibile est specialem materiam remanere, nam destructo animalī meo quod habeo impossibile est species remanere et sic destructa materia generali destruitur materia specialis. tu dicis pactum de non petendo tollit formam generalem et remanet forma specialis. Istud est impossibile.» ⁽⁴⁰⁾.

Il Belleperche riporta i tratti del percorso argomentativo del Révigny all'interno di un lessico eminentemente dialettico dimostrandone l'insussistenza logica, nel momento in cui sostiene che il *pactum de non petendo* pone nel nulla la sola *forma generalis* dell'obbligazione derivante dal contratto, per lasciare in vita quella *forma specialis* che promana dalla qualificazione. L'operazione definitiva centrata sull'identificazione tra i termini di *naturalis obligatio* e di *forma generalis* non procede tuttavia dalla mera applicazione del metodo dialettico, ma è frutto immediato della scelta del modello di rappresentazione della struttura del contratto.

Una circostanza che risulta evidente analizzando il complesso della critica del Belleperche:

⁽³⁹⁾ «Ista sententia non placet mihi. dicit ipse in obligatione iuris gentium est reperire duas obligationes naturales. unam quia pactum generale, aliam quia pactum tale et tollit naturalem introductam quia pactum generale contra et ita opposuit ille...»
PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, cit., fol. 80 vb.

⁽⁴⁰⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

« Iacobus respondebat ad istud. sublata forma generali impossibile est formam specialem remanere. nam sublata forma in homine in quantum animal impossibile est quod remaneat forma specialis quia homo. sed tollere generalem obligationem naturalem obligationem hoc non est tollere generalem formam. forma est mutuo tibi decem. sed effectus quod inducit generalem naturalem. forma semper remanet in mutuando. » (41).

Nella concezione del Révigny, la *forma* è il complesso della fattispecie contrattuale, che non coincide con la *naturalis obligatio*, che ne è solo l'*effectus*: il *pactum de non petendo* elide quest'ultimo, ma non incide sulla prima. Questo schema, parimenti valido all'interno della metodologia dialettica, viene rifiutato dal Belleperche:

« Istud est subtilis responsum. Responso tamen non iustum videtur. In homine est considerandum quia homo et quia talis homo. posses distinguere hominem in quantum hominem et remanet Titius in quantum Titius. Istud esset durum ad videndum, quomodo ergo tolletur pactum in quantum pactum et remanet pactum in quantum tale pactum. tunc istam subtilitatem non credo valere. » (42).

Per questo autore la valutazione di meritevolezza compiuta dall'ordinamento realizza una sintesi inscindibile fra il dato strutturale della fattispecie e la funzione perseguita, tale da realizzare un'unica sostanza, che non è passibile di essere distinta secondo diversi piani di comprensione. In questi termini è una *vana subtilitas* ragionare di una duplice dimensione del *pactum*, quella *generale* — dalla quale nasce una prima *obligatio naturalis* che cade vittima del successivo accordo *de non petendo* — e quella *speciale*, che dà causa

(41) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. La critica del *doctor ultramontanus* viene ripresa, con le medesime parole, da CINO DA PISTOIA: « Ad hoc oppositum fuit fortiter praedicto Iacobo de Ravenna hoc modo. Destructa materia generali, impossibile est specialem materiam remanere. Sic destructa forma generali in pacto, non potest remanere forma specialis. Ipse respondebat quod destructa materia generali, impossibile est formam stare. Nam sublata forma in homine, in quantum animal, impossibile est quod remaneat forma specialis, quia homo, sed tollere generalem obligationem naturalem, hoc non est tollere naturalem formam. Forma est, mutuo tibi decem. sed effectus est, quod inducit generalem naturalem, formae semper remanet in mutuando. » (*super Codicem, de pactis, l. Pacta quae contra*, n. 8).

(42) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

a un ulteriore *vinculum naturale* che, al contrario, rimane indenne a questo successivo fatto giuridico.

La posizione del Belleperche circa il problema offerto dai contratti *iuris gentium* si fonda così sulla concezione dell'intrinseca unitarietà dell'obbligazione contrattuale. Per questa via egli non arriva a tracciare una soluzione dissimile agli effetti pratici rispetto a quella proposta dal Révigny, ma questa viene giustificata su una concezione estremamente diversa del vincolo obbligatorio e della sua legittimazione alla piena tutela. In questi termini, l'allievo rifiuta l'argomentazione cara al maestro, che giunge all'individuazione di un duplice vincolo nei contratti *iuris gentium* deducendolo quasi per similitudine dalla struttura dei contratti *iuris civilis*:

« ...dico ut dixi in obligationibus iuris gentium non est reperire nisi unam obligationem naturalem ut ff. de solutionibus l. stichum § naturales et leges all. fideiussor. Sed dico in contractibus civilibus duae sunt obligationes civilis et naturalis. scripta dicunt verum et dicunt quod istud non disputant [...] Sed in conventionibus iuris gentium non reperire nisi unam obligationem. » ⁽⁴³⁾.

L'unicità dell'obbligazione derivante dal contratto *iuris gentium* non comporta, tuttavia, che il *pactum nudum de non petendo* ponga nel nulla l'intera fattispecie, in ogni caso possibile. Sotto questo profilo, le tesi del Belleperche non divergono da quelle sostenute dal suo maestro:

« Numquid ergo pactum de non petendo illam tollit. distinguo. aut illa sola naturalis sola fulcitur equitate ad iniuncti solius consensus aut illa naturalis fulcitur equitate consensus et alio adminiculo solius consensus si solo adminiculo solius utatur. tunc ipso iure tolletur ex quo ligata fuit solo consensu. argumenta ff. de regulis iuris l. nihil tam naturale est. hoc dicit lex expresse. vendo tibi librum re integra tu facis michi pactum de non petendo. lex dicit quod totam obligationem tollit. ut ff. eodem titulo lex ab emptione et ff. de acceptilationibus lex ultima et hoc quaerit lex numquid naturalis tollitur lex dicit quod sic. quia vinculum obligationis [...] solo consensu nititur [...] aut illa obligatio naturalis que est in conventionibus iuris gentium alio adminiculo nititur quam solo consensu verbi gratia mutuo tibi decem. licet oritur sola naturalis tamen non nititur solo admi-

⁽⁴³⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

niculo consensus sed adminiculo rei interventu tunc non tollitur naturalis ipso iure sed per obiectum exceptionis. » (44).

Anche per questo autore vi è una fondamentale distinzione da trarre all'interno della categoria dei contratti *iurisdictionum*, fra quelli che si concludono nel momento del consenso e quelli in cui l'accordo si specifica in un fatto concludente, come la dazione della cosa nel mutuo. Tale classificazione si permea tuttavia nel Belleperche di una giustificazione diversa rispetto a quella usata dal maestro, nella quale si rappresenta coerentemente il rifiuto dello schema di qualificazione del consenso che comunque caratterizza le tesi del Révigny:

« ...si post [...] feci tibi pactum de non petendo agam contra te. tu naturalem meam tolles per obiectum exceptionis [...] supra dicit lex si vendidi tibi rem pro decem et tradidi mihi obligatus es ad decem quae naturalis nititur rei interventu feci tibi pactum de non petendo et convenit ut ab emptione recedatur. lex dicit non es liberatus nisi rem michi restituas ut ff. eodem ab emptione § ultimum. pro hoc dicitur ratio omnis dici dissolvi illis quibus ligata est. Sed ista conventio ligata est rei interventu ergo et cetera. ff. de regulis iuris lex nichil tam naturale et istud credo verum sicut evangelium. » (45).

Il Belleperche pone sullo stesso piano di comprensione sia la *datio rei* che rileva come momento di qualificazione del consenso, sia quella che assume il ruolo di momento perfezionativo del contratto eminentemente consensuale. Nel passo appena riportato, difatti, egli mostra come, conclusa una compravendita, le parti possano stringere un successivo *pactum de non petendo* e porre nel nulla il negozio precedente nella sua interezza, a patto che la sua esecuzione non sia già iniziata. Nel caso in cui il venditore abbia già prestato la cosa venduta, il *pactum de non petendo* non opera, a meno che l'altra parte non abbia riportato la situazione in pristino, restituendo il bene ricevuto. Significativamente il Belleperche definisce questo caso un contratto provvisto dell'*interventus rei*, cosa che è assolutamente estranea tanto alla tradizione dei glossatori quanto all'opinione del Révigny. Per costoro l'*emptio* è sempre e comunque un

(44) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(45) PIERRE DE BELLEPERCHE, *Rubrica in C. de pactis*, cit., fol. 80 vb. - fol. 81 ra.

contratto consensuale, in ogni momento della sua fattispecie genetica e rimane indifferente a questa rappresentazione ogni considerazione circa le modalità del suo adempimento. Il Belleperche, al contrario, vede nella procedura di costituzione un dato, al cui interno rilevano due possibili fatti normativi, entrambi producenti una *naturalis obligatio*: il consenso e l'*interventus rei*. Ogni pattuizione successiva, per cancellare gli effetti del negozio precedente, rimuove il fatto normativo ad essa omogeneo: ne risulta che un *pactum nudum de non petendo*, fondato esclusivamente sul consenso non può estinguere *ipso iure* gli effetti di un contratto che recepisca, tanto nella fase genetica che in quella dell'esecuzione, la *datio rei* come fatto normativo (46).

In tal modo, la soluzione del Belleperche è solo apparentemente eguale a quella proposta dal Révigny. Questi costruisce la distinzione tra contratti che si concludono nel momento del consenso e contratti che necessitano di un particolare *adminiculum* in termini reminiscenti dello schema di qualificazione proprio dei glossatori; il Belleperche, al contrario, vi vede un importante momento di verifica della propria tipologia basata sulla indivisibilità della fattispecie, che comporta l'impossibilità di distinguere al suo interno un momento genetico da uno relativo esclusivamente alla qualificazione.

Su questa considerazione, il Belleperche non ha bisogno di costruire il contenuto obbligatorio della fattispecie *iuris gentium* in termini speculari a quello proprio dei contratti *iuris civilis*, caratterizzati pacificamente dalla concorrenza di due vincoli obbligatori strutturalmente diversi (47). Ogni fattispecie contrattuale è azionabile in virtù del giudizio di meritevolezza che l'ordinamento opera a carico della sua funzione, che non viene individuata a partire dalla procedura genetica e dai suoi momenti strutturali. Ne consegue che i dati strutturali riguardanti la formazione e conclusione del con-

(46) « ...lex dicit quod pactum de non petendo ipso iure tollit naturalem et loquitur in conventionibus iuris gentium ut § alt. naturalem. uno modo respondeo. dico quod ibi loquitur in conventionibus iuris civilis. sic potest intelligi § naturalis. vel supposito quod loquatur in conventionibus iuris gentium dico loquitur tunc de illis que sola equitate solius consensus fulcuntur. et imo talis naturalis tollitur ut in l. all. ab emptione » PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(47) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

senso non si traducono più, come presso i glossatori e il Révigny, in profili specifici della struttura obbligatoria cui il contratto dà luogo:

« ...dico ratio bona est in conventionibus iuris civilis [...] duas obligationes, naturalem et civilem et invicem simul praestant efficaciam agendo. sed in conventionalibus civilibus naturalis solutioni fulcitur et pacto tolli potest ipso iure... Sed in obligationibus iuris gentium ibi non est reperire nisi unam obligationem ...cum ergo ibi non reperiat nisi una substantia et illa fortior est quam naturalis quae solo consensu nititur et imo non potest tolli quia fortior est. sic intelligo ea quae dixi. » (48).

Nei contratti *iuris civilis* le due obbligazioni risultanti concorrono a determinare i tratti della tutela a disposizione delle parti. Estinta la *naturalis obligatio*, anche quella *civilis* viene impedita dall'averne un'autonoma valenza. I contratti *iuris gentium*, al contrario, sono provvisti di una sola *substantia* e danno luogo ad una sola *obligatio naturalis* che, per essere l'unico vincolo promanante dalla fattispecie, è più forte dell'obbligazione naturale che è contenuta in un contratto di *ius civile*. Un mutamento radicale rispetto alla prospettiva centrata sullo schema di qualificazione proprio dell'architettura dei *vestimenta*:

« Quae est ratio diversitatis, quod ubi est utrumque adminiculum, ut est in conventionibus civilibus sicut in stipulatis, naturalis tollitur ipso iure per pactum, sed ubi est tantum naturale vinculum non tollitur. Respondeo, quia in conventionibus iuris gentium non est reperire nisi unam substantiam obligationis, illa est fortior quam alia naturalis, quae simul iuncta est cum civili. hic sunt de novitatibus subtilibus quae venerant de ultra montes, nostrorum doctorum sententia est alia, scilicet, quod non agebatur ante ius civile, cum non erat actio... » (49).

Cino da Pistoia segnala puntualmente la rilevanza epocale di questa costruzione, che rappresenta il vero superamento dello schema ricostruttivo dei glossatori. Per questi l'azionabilità è sempre e comunque il frutto della qualificazione del volere, che si traduce in ogni caso nella necessaria compresenza di un'*obligatio civilis* e di una *naturalis*, tanto nei contratti *iuris civilis*, nella cui fattispecie genetica

(48) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

(49) CINO DA PISTOIA, *super Codicem, de pactis, l. Pacta quae contra*, n. 8.

è dato trovare momenti strutturali derivanti da entrambi gli ordinamenti, che in quelli *iuris gentium*, completamente definiti su di un solo piano strutturale. La prospezione degli Ultramontani conduce ad esiti opposti: ogni fattispecie è definibile geneticamente secondo una procedura indifferibile, che è compito dell'ordinamento descrivere esclusivamente nello *ius gentium* o nella concorrenza di questo con lo *ius civile*. In questo secondo caso, la *lex* ha voluto che il contenuto del negozio fosse determinato da entrambi gli ordinamenti e che, pertanto, il regolamento di interessi producesse un vincolo nel quale è apprezzabile tanto un lato *naturale* quanto un lato *civile*. Il primo definisce integralmente il contenuto normativo sul quale si è realizzato il consenso delle parti; il secondo descrive la tutela che l'ordinamento predispone a salvaguardia di questo.

Il *pactum nudum de non petendo*, ponendo nel nulla il primo profilo, lascia tuttavia in vita il secondo, che, per essere riferibile ad una struttura non omogenea a quella del successivo fatto giuridico estintivo, non può esserne toccato. Due profili strutturalmente autonomi, quindi, ma che descrivono la fattispecie in perfetta unitarietà dal punto di vista funzionale: da ciò consegue che la tutela, completamente descritta sul piano *civile*, non possa esplicarsi autonomamente, una volta estinto il lato naturale che gli dà causa.

Nell'ottica dei glossatori, l'azionabilità di tutte le fattispecie deriva dall'unione dei due differenti profili; nella prospettiva degli Ultramontani, essa risulta in ogni caso dalla determinazione dell'ordinamento. Ciò comporta che per i primi non vi possa essere tutela *ante ius civile* e che quindi tutte le fattispecie, anche quelle *iuris gentium*, siano dotate di entrambi i profili; il *pactum de non petendo* è, nella loro prospettiva, il fatto giuridico che consente di scomporre artificialmente l'intrinseca unità tra queste due dimensioni, entrambe necessarie all'obbligazione contrattuale. Nell'ottica degli Ultramontani, pur con la varietà d'accenti che distingue la posizione del Révigny da quella del Belleperche, il vincolo che deriva dal contratto è l'effetto che l'ordinamento ha inteso riconnettere ad una data manifestazione di consenso. In questi termini, è un'operazione ultronea per il giurista quella di indagare perché la norma superiore descriva talune fattispecie come di *ius civile*, con la conseguenza della duplicità del vincolo, e talaltre come di *ius gentium*, nell'unitarietà del *vinculum naturale*. La fondamentale distinzione della

tipologia strutturale dei glossatori perde gran parte del suo significato nella visione eminentemente funzionale degli Ultramontani. In questo senso, la differenza tra il tessuto obbligatorio di un contratto *iuris civilis* e quello di un contratto *iuris gentium* non comporta una differenza fra le fattispecie costitutive in termini di grado di tutela. La duplicità delle obbligazioni naturali del Révigny serve, sotto questo profilo, lo stesso scopo sistematico che il Belleperche persegue con più coerenza: l'*una substantia obligationis* dei contratti *iuris gentium*, fattispecie legittimate alla piena tutela al pari di quelle *iuris civilis*, che non possono comunque essere poste immediatamente nel nulla da un fatto giuridico che, non essendo a loro omogeneo nella visione dell'ordinamento, non può essere tributato dei medesimi effetti.

3. *Uno strumento rinnegato: l'id quod interest.*

3.1. *La nuova definizione dell'id quod interest in Jacques de Révigny.*

La concezione unitaria dell'obbligazione contrattuale, nel rifiuto della diarchia tra lato *civile* e *naturale* propria dei glossatori, rappresenta sul piano della ricostruzione funzionale la cifra di caratterizzazione delle tesi ultramontane. Essa è conseguenza necessaria della forte semplificazione operata da questi giuristi sulla classificazione delle strutture genetiche di contratto propria dei *doctores antiqui*. L'unità della loro impostazione non è intaccata dalle differenze che pure esistono tra il Révigny e il Belleperche per quanto riguarda l'operatività specifica della nozione di *species contractus* come cifra organica per la definizione dei modelli contrattuali e il corrispettivo ruolo da assegnare alla *causa*.

Tali dissonanze non sono in grado di porre in dubbio il dato fondamentale dell'omogeneità metodologica di questi autori, ma indicano le difficoltà che essi incontrano nel confrontarsi con la tradizione precedente, sia per quanto riguarda la costruzione dei concetti-guida della classificazione, sia per quanto concerne la loro funzionalità all'interno del sistema.

Un comune intento critico verso le *multae distinctiones* dei predecessori attraversa tanto le dottrine del maestro che quelle

dell'allievo, ispirando il rifiuto verso la pluralità dei momenti di qualificazione che caratterizza il sistema dei *vestimenta*. Una forte critica, che gli Ultramontani esprimono secondo una metodologia specifica, lontana dall'approccio analitico dei glossatori e che si compone di più momenti. Il primo fra questi, come abbiamo visto, è dato dalla costruzione di una nozione positiva di *pactum nudum*, di cui verificare in concreto la configurabilità all'interno dei singoli modelli contrattuali. Una cesura radicale rispetto all'approccio analitico dei glossatori i quali, al contrario, descrivevano il concetto di nudo patto a partire dai singoli modelli contrattuali, isolando il momento che dà qualificazione a ciascuna fattispecie e enucleando in negativo l'elemento residuo del consenso privo di efficacia, il *nudum pactum*. Capovolgendo i termini definitivi della nozione che i glossatori pongono a fondamento della propria architettura, i giuristi francesi giungono a sovvertire la totalità di quel sistema, e a sostituirlo col proprio, segnando con questo la differenza tra il loro approccio e quello degli ultimi eponimi della metodologia precedente, pur protagonisti, come nel caso del Baldovini, di una forte critica al sistema dei *vestimenta*.

Le distanze che si creano tra i diversi autori testimoniano la complessità della critica alla sistematica dei glossatori e alla sua capacità di rappresentare in forma unitaria l'insieme delle forme contrattuali. In questo senso si può saggiare la maggiore ritrosia del Révigny nell'abbandonare il concetto di *vestmentum* a fronte della radicale critica del Belleperche. Procedendo dalla medesima concezione del fenomeno contrattuale, il primo non intende privarsi di uno strumento che riesce comunque a fornire al nuovo concetto di *species contractus* una valenza definitoria che altrimenti non avrebbe; il secondo ritiene invece di poter razionalizzare le particolarità specifiche dei singoli modelli solo rifiutando drasticamente l'antico concetto e esaltando conseguentemente la distinzione fra i tipi azionabili perché appartenenti ad una *species* determinata e i tipi che ricevono piena efficacia dalla presenza di una *causa*.

Una posizione ondivaga circa il ruolo da assegnare agli strumenti dei *doctores antiqui* all'interno di una nuova impostazione unitaria anima la riflessione dei giuristi francesi sul secondo pilastro dell'architettura precedente: la definizione dell'*id quod interest*.

Abbiamo visto le linee della tormentata evoluzione cui questa

nozione va soggetta nel pensiero dei glossatori, dalla sparsa fenomenologia definitoria dei primi apparati, sino all'invalersi della tripartizione tra interesse *commune*, *conventum* e *singulare* che costituisce il caposaldo delle dottrine di Azone e di Accursio. Mediante questa distinzione, i maturi protagonisti dell'età della Glossa arrivano a isolare nella responsabilità per inadempimento il mezzo per la classificazione dei contratti su un profilo funzionale. Un contratto sarà così *incertum* tutte le volte in cui produca delle obbligazioni il cui adempimento non possa essere direttamente e esclusivamente perseguito in giudizio, ma ammetta la corresponsione di una prestazione alternativa. L'obbligazione del venditore è di trasferire il bene oggetto del contratto al compratore, affinché questi possa acquistarne la proprietà. In conseguenza di ciò, l'azione del compratore per ottenerne l'adempimento è in *id quod interest*: essa ha come *petitum* principale il trasferimento della cosa acquistata, e come pretesa necessariamente subordinata quella per l'equivalente monetario. All'opposto, la *condictio* che tutela l'obbligazione a trasferire direttamente in proprietà una cosa determinata, quale può risultare da un contratto come il mutuo o la *stipulatio*, non è surrogabile da un obbligo determinato in *id quod interest*, ed è pertanto *certa*.

L'approccio dei *doctores ultramontani* verso questa tradizione interpretativa è per molti aspetti affine a quello da loro adoperato nella verifica della tenuta dello schema dei *vestimenta*. Il Révigny rivolge la propria attenzione direttamente sulla dottrina di Azone, riportandone il pensiero attraverso una nozione di interesse per più aspetti arbitraria rispetto alla tecnica argomentativa di questo autore:

« primum videndum est quid sit interesse. Azo sic diffinit interesse est damnum emergens et lucrum cessans eo quod aliquid fieri cessatur. Verbi gratia. debes mihi scribere librum, non scribis, petam interesse: hoc est damnum quod habeo quia non scripsisti et lucrum quod habuissem si fecisses. » ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY in *l. Cum pro eo C. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, fol 356 v. col. 2.

Prescindendo dalla rete di distinzioni predisposta da Azone, il giurista francese attribuisce a questi un concetto di interesse circoscritto nella conspezione oggettiva del danno emergente e del lucro cessante che l'inadempimento di una parte produce nella sfera patrimoniale dell'altro soggetto contrattuale.

Una definizione costruita per attrarre la critica serrata del *doctor Ultramontanus* che, per questa via, giunge ad affermare la propria concezione:

«...quod interesse sit damnum falsissimum est: si enim interesse est damnum ad damnum esses mihi obligatus: si essem obligatus ad damnum soluerem tibi quantucumque velles. unde quod interesse est aestimatio damni...unde sicut precium est estimatio rei sic interesse estimatio damni »⁽⁵¹⁾.

Secondo il giurista francese, la nozione di Azone porta l'*id quod interest* a raffigurare il fatto stesso del danno provocato a un soggetto dall'illecito altrui. Aderendo a questa tesi, il reo dovrebbe essere obbligato a corrispondere un risarcimento indeterminato, stabilito unilateralmente dalla parte lesa. In questo senso, la definizione azoniana di interesse non invererebbe il senso profondo della costituzione giustiniana, redatta, a giudizio del Révigny, per troncane le molte dispute insorte fra i giuristi romani, messi in difficoltà da una nozione che restava sul puro piano del fatto e che solo l'intervento imperiale ha potuto provvedere di una sostanza apprezzabile sul piano del diritto⁽⁵²⁾. Una definizione effettivamente giuridica dell'*id quod interest* si identifica, per il Révigny, nell'espressione delle regole

⁽⁵¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽⁵²⁾ «Dicit ergo in principio quod de interesse orte erant veteribus infinite dubitationes sed que erant ille dubitationes ignoramus et forte existentibus coniecturandum est quae essent: quia consequenter statuit usque ad quam quantitatem possit peti interesse: dicit quod coarctabat in angustum illas dubitationes circa interesse prout possibile est: imo dicit prout possibile est quod interesse in facto consistit: unde quatenus cuiuscumque intersit facti est: ut ff. de regulis iuris l. quatenus unde non potest plene diffiniri quatenus cuiuscumque intersit sicut nec mora quae in facto consistit ut f. de usuris l. mora vel ideo dicit prout possibile est quia in humanis nihil est perfectum... ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

che presiedono l'esatta determinazione quantitativa del risarcimento in equivalente ⁽⁵³⁾.

Il Révigny contrappone quindi alla nozione di interesse come descrizione del *damnum* nella sua oggettività, cifra che caratterizzerebbe l'inquadramento del problema nei glossatori, un concetto determinato sul momento dell'*aestimatio damni*:

« Diffiniemus ergo sic interesse est aestimatio damni contingens alicui ex eo quod non fit quod fieri debuit: debuisti mihi facere domum et non fecisti. vel sic quod fieri non debuit promisisti mihi facere non vim et facis. vel non datur quod dari debuit: vel non traditur quod tradi debuit... » ⁽⁵⁴⁾.

L'*id quod interest* viene quindi descritto come quantificazione del danno prodotto ad una parte dall'inadempimento di un'obbligazione liberamente assunta nei suoi confronti da un'altra parte, indipendentemente dalla natura della prestazione che ne costituisce oggetto. Una definizione che rappresenta — al pari della nozione positiva di nudo patto proposta dagli Ultramontani — una cesura

⁽⁵³⁾ Un assunto che il giurista francese avvalorava tramite la propria esegesi della struttura della *l. Cum pro eo* e dei motivi che ne hanno presieduto la redazione: « Dicit ergo primo se interesse orte sunt multe dubitationes et tractatus erat prolixus. Istas dubitationes et istam prolixitatem prout nobis possibile sit volumus in angustum coarctare. Dicit imperator et in hoc aperuit intentionem suam: deinde statuit usque ad quam quantitatem possit peti interesse: et est eius statutum obscurissimum. dicit enim aut est contractus continens certam quantitatem vel certam naturam tunc non potest peti interesse ultra duplum: aut est contractus vel obligatio que continet incertam quantitatem vel naturam: et tunc potest peti interesse quantumcumque sit de tamen interesse computetur verum damnum et non computentur frivole allegationes. » I glossatori analizzavano il proemio della costituzione giustiniana come testimonianza della grande difficoltà di individuare i termini della nozione e traevano da questa circostanza il fondamento autoritativo per le loro *multae distinctiones*. Il giurista francese, al contrario, lo legge per individuare il senso specifico della disposizione imperiale e servirsi di questo come cifra argomentativa.

⁽⁵⁴⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit. La centralità del momento dell'*aestimatio* viene fondata dal RÉVIGNY facendo ricorso ad un ulteriore argomento tratto dal proemio della costituzione giustiniana: « ...deinde confirmat per locum a simili: quia alie pene legales certis finibus concluse sunt: unde simile non possibile est quod interesse in hac parte certis finibus concludamus: quia et pene legales certis finibus terminantur, deinde removet dubium in quibusdam interesse venit damnum et lucrum: et ultra hoc lucrum dicit quod immo non petit interesse ultra duplum pro toto et pro danno et pro lucro. »

fondamentale rispetto all'insegnamento dei glossatori. Essa porta innanzitutto ad intendere diversamente la ricostruzione strutturale dell'*id quod interest*; di conseguenza, conduce a riformulare la rilevanza funzionale che l'interesse assume all'interno delle varie fattispecie contrattuali.

Circa il primo aspetto, il Révigny si serve di questo nuovo strumento per ridurre ad unità la tripartizione fondamentale dei glossatori:

«...vidimus quid sit interesse. modo quaeritur quomodo dividatur. non curo nisi de una divisione. ipsi dicunt quod est interesse commune, conventum et singulare. Verbi gratia ostendam tibi omnia ista membra in eodem exemplo. habebam librum quem scripsi manu mea litera illegibili alii unde mihi obligavi librum istum creditori et tradidi. vendidi creditor illum librum exceptio ex lege et tibi vendidit. ego emo a te librum illum pro viginta. interesse conventum est decem quia si convenit inter me et te quod tu dares michi viginta interesse commune est quantum communiter posset vendi iste liber et potest esse maius vel minus quam interesse conventum. interesse singulare est pro quanto ego nollem carere et forte nollem carere pro quadraginta libris »⁽⁵⁵⁾.

Secondo i *doctores antiqui* dalla stessa fattispecie contrattuale possono derivare tre titoli diversi di *id quod interest*: quello risultante dal valore della prestazione per come convenuto dalle parti (interesse *conventum*), quello derivante dalla valutazione della prestazione secondo una regola di quantificazione comune (interesse *commune*, che nell'ottica dei glossatori non si distingue dal *verum rei precium*), infine quello misurabile esclusivamente dal punto di vista della parte che ha patito le conseguenze dell'inadempimento (interesse *singulare*). Partendo dalla propria definizione di interesse come *aestimatio damni*, il Révigny esclude radicalmente questa razionalizzazione tripartita, proclamando l'unità del concetto e la sua autonomia da nozioni diverse, come quella di prezzo. Un risultato che si può ottenere innanzitutto per via esegetica:

« Dico quod non est nisi unum interesse et lex illa quam illi allegant probat contrarium eius quod ipsi dicunt quia l. illa dicit si res vendita non credatur ad interesse agitur statim subiungitur haec autem scilicet interesse

(55) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit., fol. 357 r. col. 1.

quando precium egreditur. unde non dicit quod interesse sit precium sed quod est maius precio » ⁽⁵⁶⁾.

Come abbiamo visto, la riflessione dei glossatori sull'*id quod interest* era determinata in molta parte dalla necessità di descrivere il regime obbligatorio della compravendita, in particolare per stabilire se l'obbligazione del venditore al trasferimento della cosa dovesse necessariamente essere corrisposta in forma specifica o ammettesse al contrario la prestazione in equivalente. La *lex Si res vendita*, che dà inizio al titolo *de actionibus empti et venditi* del Digesto, inaugurava sempre gli apparati di riferimento di quei giuristi che propendevano per la seconda di queste due tesi, che si rivela poi vincente presso i giuristi successivi. Il Révigny si disinteressa totalmente di questo problema: l'importanza di questo brano risiede esclusivamente nel fatto che esso ammette la valutazione *in id quod interest* dell'inadempimento del venditore sul presupposto che questa sia maggiore rispetto alla quantificazione data dal prezzo di vendita. Tale argomento consente al giurista francese di escludere la configurabilità di un interesse *commune*, che si identifica con il valore materiale della prestazione e, a maggior ragione, di un interesse *conventum* che, procedendo dalla valutazione della prestazione per come consensualmente determinata dalle parti, può essere anche inferiore a questo ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit. Argomentazioni analoghe si ritrovano in DINO DA MUGELLO, che ebbe parimenti a porsi il problema della tenuta del modello tripartito di *id quod interest* proprio dei glossatori più tardi: « Questio est unquam sit unicum interesse scilicet singulare an vero triplex scilicet singulare, commune et conventum. et quod sit unicum tantum sic ostendo nam lex dicit si res vendita non tradatur ad interesse agitur hoc autem interdum egreditur et cetera. » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 128 rb).

⁽⁵⁷⁾ La rigida distinzione tra i concetti di *pretium* e di *interesse* è centrale anche nell'argomentare di DINO DA MUGELLO, che ne dà una dimostrazione diversa, forse maggiormente caratterizzata dal ricorso a strumenti dialettici, cifra tradizionalmente attribuita agli *Ultramontani*: « Praeterea quatenus duo [...] quorum unum refertur ad idem constat non idem esse relatum ad id ad quod sit relatum sed ex commisione relati et eius ad quod sit relatum idem resultat effectus ut patet in codicillis ad testamentum relatis ex quorum duorum iuribus continetis idem insurgit effectus ut ff. de iure codicillorum l. secunda § codicillos et l. quaedam [...] si ergo interesse refertur ad extimationem rei ut ff. de operis novi nunciacione [...] restat extimationem non esse

Il concetto di interesse rimane quindi individuato nella sola dimensione *singulare*:

« ...unum est interesse scilicet singulare et differt interesse a precio. ut hic. quia precium respicit rem absolute quantum valet res in se. interesse respicit personam. unde ubicumque lex loquitur de interesse refert se ad personam quantitatis cuiuscumque intersit interest »⁽⁵⁸⁾.

La valutazione dell'*id quod interest* non può essere operata che procedendo dal lato soggettivo, stimando il pregiudizio che l'illecito ha causato nella sfera personale di colui che lo ha subito. Esso non può pertanto coincidere con una quantificazione oggettiva del valore della prestazione inadempita, quale è dato dal prezzo.

La differenza tra questi due termini, introdotta dal Révigny all'interno di un'argomentazione centrata su un dato quantitativo, è difatti eminentemente qualitativa:

« nec est interesse id quod est precium ut ff. de furti l. furti actione interesse ergo est aestimatio damni contingentis ex eo quod fieri non debuit vel sic quod fieri non debuit. vel non datur quod dari debuit. vel non traditur quod tradi debuit et verum potest contingere quod interesset agentis fieri tantum quantum commune vel maius vel tantum quantum precium. sed ubi deducitur interesse in condemnatione hoc non est quia

interesse. ». (Ms. Vaticano Borghese 274 foll. 128 vb-129 ra). L'analisi testuale di questo autore evidenzia la relazione di reciproca specialità tra le due nozioni, per cui il valore intrinseco della cosa si esprime nel prezzo ove si consideri il momento dell'accordo, mentre fonda la valutazione dell'*id quod interest* ove la vicenda del medesimo negozio venga considerata nella prospettiva dell'inadempimento: « Praeterea dispositionem et dispositum non pariuntur se in eodem genere ut ff. de fide instrumentorum l. finalis: sed communis extimatio et conventa si excedit communem dispositionem limitat interesse quod patet quod non paritur ipsum excedere duplum sui ut C. de sent. quae pro eo quod interest lex prima. Item absurdus est dicere quod communis vel conventa extimatio sit per se distincta species sub eodem genere contra interesse singulari praeterea a quo removet genus et quaelibet ei species [...] et si conveniat inter emptorem et venditorem quod non agatur de evictione illa conventio operatur quod interesse non petatur et tamen petitur precium rei conventum cum pacto illa ergo tollat et removeat petitionem interesse et non removeat petitionem precii. patet quod precium conventum non est species interesse ». (Ms. Vaticano Borghese 274 fol. 129 ra).

⁽⁵⁸⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

commune sed in condemnatione faciendi de interesse referimus nos quantum ad personam agentis » (59).

Esponendo la dottrina sull'*id quod interest* in questi termini, il Révigny sottolinea il ruolo funzionale dell'illecito. Sia il concetto di *pretium* che quello di interesse identificano un momento di quantificazione, di *aestimatio*: il primo, tuttavia, rappresenta la valutazione che le parti danno di una certa prestazione nella logica dell'accordo; il secondo identifica la valutazione della totalità del pregiudizio patito a causa dell'inadempimento, rispetto alla quale l'apprezzamento della prestazione non corrisposta rappresenta solo uno fra i molteplici fattori di giudizio. Per usare il lessico del Révigny, una volta che l'apprezzamento di una determinata prestazione contrattuale viene *in condemnatione*, esso non può essere computato con le stesse regole che ne presiederebbero il calcolo in sede di accordo. Queste ultime, difatti, hanno ad oggetto il valore intrinseco della cosa, mentre la quantificazione del risarcimento deve riguardare l'interesse dell'attore, dando luogo ad una valutazione *ad personam*. (60) Può darsi pertanto che, in molti casi concreti, il calcolo del risarcimento in *id quod interest* non superi l'ammontare del prezzo concordato fra le parti, ma ciò non può mai condurre a identificare i due concetti, poiché essi risultano da operazioni valutative diverse, che intervengono su elementi totalmente disomogenei fra loro:

« sed si contingat quod interesse agentis sit interesse commune quod raro accidit ut sua tantum interest cuiuscumque. hoc non inspicimus. sed inspicitur et sic condemnatio habita restitutione et habito respectu ad

(59) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

(60) DINO DA MUGELLO, come abbiamo visto, tiene anch'egli distinti l'apprezzamento del valore della cosa, quale le parti realizzano nel momento del loro accordo, da quella che il medesimo oggetto assume agli occhi di un terzo, chiamato a giudicare dell'inadempimento del contratto. La sua conclusione, tuttavia, è radicalmente opposta a quella del RÉVIGNY: « Et ad evidentiam intellectum huius questionis videndum est an extimatio rei sit interesse vel an extimatio dampni vel lucri in illis casibus in quibus habeat lucri extimatio et quod sit extimatio rei et non dampni satis probatur quia et ubi non est dampnum venit interesse ut patet in legato sub condicione relicto. » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 128 vb). L'analisi di DINO, per come questo passo rende particolarmente evidente, non si distacca dalla metodologia esegetica propria dei glosatori.

personam agentis ad interesse commune. et imo dicitur lex quatenus cuiuscumque interest in facto consistit ff. de regulis iuris l. quatenus. unde in condemnatione facienda de interesse inspicimus personam agentis quantum eius interest. et hoc consistit in facto. et si sit commune hoc accidit. unde unum est tantum interesse scilicet singulare. » ⁽⁶¹⁾.

L'interesse *singulare* racchiude quindi in sé la totalità della nozione, poiché è l'unico concetto nel quale si può rappresentare la relatività del danno: uno stesso fatto illecito, consistente nell'inadempimento di una data prestazione, può causare un danno molto diverso a un soggetto piuttosto che ad un altro. Su questo principio il Révigny fonda la propria confutazione delle categorie di interesse *commune* e *conventum*, termini nei quali i giuristi precedenti concretizzavano quelle ipotesi in cui la quantificazione dell'equivalente fosse comunque rapportabile all'oggettività della prestazione contrattuale inadempita. A questi si affiancava l'interesse *singulare* come momento di chiusura del sistema, concetto abile a individuare un ambito di determinazione soggettiva del pregiudizio, lasciato dalle due altre categorie ad una qualificazione esclusivamente oggettiva ⁽⁶²⁾.

Nel momento in cui tutta la dottrina sull'*id quod interest* viene ricostruita a partire da questa nozione, il suo significato deve essere definito su basi nuove:

⁽⁶¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽⁶²⁾ Diversa la costruzione di DINO DA MUGELLO, che conserva comunque validità alla tripartizione azoniana dell'*interesse*, intendendo i concetti di *interesse commune*, *conventum* e *singulare* non come nozioni strutturalmente diverse, bensì come diverse proiezioni di un concetto intrinsecamente unitario: « ...appellatio conventum ex conventione extimatum et limitatum et istud potest excedere singulare et commune et ab eis excedi ergo non idem cum excessus sit diversos sed sunt per se species distincta interesse assumendo novam formam per hoc quod ex conventione addicitur et detrahitur et non remanet in singulari vel communi sed assumit species novam et appellatur conventum ut dicitur in praetoria stipulatione et pro [...] novam formam seu species assumit et appellatur conventionalis ut ff. de verbo(rum obligationibus) et nova species iuris ut C. de iustitia et iure l. ius civile sic ergo et nova species interesse non ergo dico quod conventum precium rei sit interesse conventum non quod commune sit interesse vel quod singularis extimatio sit interesse singulare interesse sed dico quod dampnum singulariter extimatum est interesse singulare et extimatum communiter est interesse commune et extimatum ex conventione est interesse conventum et sic est triplex... » (Ms. Vaticano Borghese 274, fol. 129 ra).

« Dico quod interesse singulare non est affectionis: immo interesse singulare est singularis utilitatis. Verbi gratia. habes librum glosatum quem homo non potest legere: si tu habes ibi singularem utilitatem maiorem quam haberet alius communiter: vel habes fundum in confinio fundorum in quo est fons ex quo irrigatur praedia tua arida: habes in illo fundo singularem utilitatem quam non haberet alius » (63).

I glossatori definivano l'interesse *singulare* come interesse *affectionis*, unico termine che consentiva loro di ricavare uno spazio di rilevanza per una quantificazione operata a partire dall'aspetto soggettivo (64). Il Révigny, conseguentemente al proprio sistema, lo definisce nei termini dell'utilità specifica che una determinata prestazione assume per la parte che se ne è vista privare in virtù del fatto illecito altrui. Un risultato cui il *doctor ultramontanus* giunge attraverso una complessa argomentazione sistematica, che coinvolge tanto il profilo soggettivo che quello oggettivo della nozione:

« Dico ergo quod interesse singulare est singularis utilitatis: et quod sit de utilitate et singulari dicit lex quia si tutor iuret in litem nomine pupilli refert se ad utilitatem pupilli non suam... » (65).

Sul primo, il Révigny evidenzia come, se l'interesse *singulare* fosse definito in termini di *affectio*, esso non potrebbe essere chiesto in giudizio altro che dalla parte lesa in prima persona, poiché essa sarebbe l'unica a poterne offrire la quantificazione. Essendo tuttavia pacificamente ammesso che il tutore possa dare lo *iuramentum in lite* sul danno patito dal pupillo, ne consegue che l'interesse *singulare* debba essere definito non più sulla nozione eminentemente personale di *affectio*, ma su quella di *utilitas*, passibile di una quantificazione anche da parte di terzi.

Sul profilo oggettivo, il Révigny nota le incongruenze della

(63) JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit., fol. 357 r. col. 2.

(64) « Dixerunt omnes doctores usquam nunc et dicunt omnes moderni quae hodie regunt quod interesse singulare est interesse affectionis. Verbi gratia. peto a te rem meam: non vis eam reddere contumax es iurando in litem de mea affectione: unde ita dicam iuvat me deus quod vellem carere re mea pro centum et erit de affectione... ». JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

(65) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

accezione azoniana di interesse *singulare* rispetto alla configurabilità di un danno emergente e di un lucro cessante:

« videamus utilitatem. dicit lex nostra nam lex nostra loquitur de singulari interesse et dicit littera quod re vera inducitur damnum. hoc reddatur ergo non loquitur de affectione: sed Azo. glosabat ut dixi quod re vera scilicet inspecta actione agentis: sed ista glossa pessima est. Item quod non sit de singulari affectione probatur quia hic dicit ex quibus est singulare interesse: et dicit quod illa ex quibus est sunt lucrum et damnum. dicit in affecto et de affecto nec est lucrum nec damnum... » ⁽⁶⁶⁾.

La costituzione giustiniana sull'*id quod interest* limita la possibilità di richiedere l'equivalente risarcitorio alle sole ipotesi di danno materiale, il che esclude il ricorso al termine personalissimo dell'*affectio*, nei confronti del quale non è configurabile un danno materiale; *a fortiori* non si può dedurre da tale nozione un'ipotesi di lucro cessante.

3.2. *La rilevanza dell'interesse all'interno della fattispecie contrattuale nella dottrina del Révigny. Indifferenza del concetto per la costruzione della tipologia.*

La nuova definizione dell'*id quod interest* sul concetto di *utilitas* comporta un radicale mutamento della sua rilevanza come strumento per la classificazione della struttura obbligatoria dei diversi modelli contrattuali. Una dimensione che ci è stata già superficialmente consegnata da taluni dei testi prima citati. Il continuo intercalare del Révigny sull'interesse come quantificazione del danno derivante ad una parte dal fatto che l'altra non ha fatto quanto avrebbe dovuto o, al contrario, ha compiuto un'azione che si era impegnata a non intraprendere, non è senza significato. Né lo è, a maggior ragione, l'insistenza con cui questo autore ribadisce come la valutazione in *id quod interest* dell'illecito di chi *non dat quod dari debet, vel non tradit quod tradi debet* debba avvenire sull'unico termine dato dalla perdita di utilità della parte lesa.

Gli incessanti riferimenti del giurista francese tendono ad un solo scopo: dimostrare la validità generale della propria nozione

⁽⁶⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit.

unitaria di interesse, centrata sul concetto di *utilitas singularis*, per ogni modello contrattuale. La *reductio ad unum* della tripartizione dei glossatori porta difatti con sé la negazione dell'*id quod interest* come parametro di tipizzazione delle fattispecie contrattuali sul profilo del contenuto obbligatorio:

« Queritur in quibus actionibus veniet interesse. Dicendum aut tu quaeris in quibus actionibus veniat iure actionis et obligationis aut in quibus venit in condemnatione. Si queris in quibus actionibus venit interesse in condemnatione. Dico quod in omnibus, quia in omni actione potest condemnari interesse » ⁽⁶⁷⁾.

Nella visione dei glossatori, l'interesse non può ricorrere in modo eguale in ogni azione. Esso, ad esempio, non trova luogo nella *rei vindicatio*, tutela con cui un soggetto chiede il trasferimento materiale di un bene sul quale ha già costituito, a titolo originario o derivativo, il suo diritto di proprietà. L'*id quod interest* può essere oggetto subordinato delle azioni volte a tutelare obblighi ad un *facere* che, per la loro connaturale incoercibilità in forma specifica, ammettono in ogni caso il risarcimento in equivalente. Uno schema che vale a ricostruire anche la tutela delle obbligazioni al trasferimento materiale di una cosa non immediatamente costitutivo della proprietà, prestazione significativamente assimilata a quella in *facere*. La diversa rilevanza dell'interesse all'interno delle differenti fattispecie contrattuali fornisce quindi la misura di una tipologia obbligatoria che procede, nell'ottica dei glossatori, parallelamente alla diversa tipologia ricavata sul profilo genetico e concretizzata nell'architettura dei *vestimenta pactorum*.

La nozione di interesse del Révigny, centrata totalmente sul concetto di *utilitas*, non è congegnata per raffigurare la struttura della pretesa derivante dal contratto. Essa misura il pregiudizio risultante da un'azione valutata come illecito sulla base degli obblighi che il soggetto che l'ha posta in essere si era liberamente assunto stringendo il contratto. Sulla base di questa definizione, l'interesse può derivare da qualsiasi struttura negoziale, cessando quindi di

(67) JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit., fol. 357 r. col. 1.

costituire un elemento per la tipizzazione dei vari modelli contrattuali.

Il principio per cui l'*id quod interest* può essere chiesto nella misura oggettiva data dal detrimento dell'*utilitas*, qualunque sia la natura dell'inadempimento che lo ha causato, fa difatti assumere un grado minore di importanza alla questione concernente il ruolo dell'obbligazione all'interno della fattispecie contrattuale:

« Si queris ubi venit iure obligationis an possit peti in libello. Distinguo. aut est obligatio dandi. Verbi gratia. Promisi tibi dare Stichum sine mora: non sum obligatus ad interesse post moram ut sit interesse in obligatione et petam interesse in libello. Dico quod non: immo semper petitur res et semper remanet in obligatione licet mortua sit: sed bene venit interesse in condemnatione ut ff. de verborum obligationibus l. si servuum § ult. quod verum est si sit obligatio dandi nominata: sed in do ut des: quae est obligatio dandi innominata potest agi ad interesse ut ff. de praescriptis verbis l. naturalis et ff. de verborum obligationibus l. ubi autem non oportet [*recte: l. ubi autem non apparet*]. Aut est obligatio faciendi et tunc dico quod in eam venit interesse post moram: et potest peti interesse. » ⁽⁶⁸⁾.

Nella ricostruzione del Révigny, l'*id quod interest* può essere sempre richiesto come *petitum* subordinato a quello principale, il cui oggetto è l'adempimento in forma specifica dell'obbligo assunto con il contratto. Il soggetto legittimato all'azione chiede quindi la prestazione principale; nel caso in cui questa non possa essere conferita, il giudizio si estenderà alla cognizione dell'interesse. In questo caso, l'interesse rileva *in condemnatione* e non può essere menzionato nell'atto introduttivo del giudizio.

In altre ipotesi, l'interesse rileva *in obligatione* e costituisce l'oggetto alternativo della cognizione, per cui la parte deve chiedere in giudizio la prestazione principale contestualmente all'equivalente risarcitorio, rimanendo nella scelta della parte escussa con quale prestazione liberarsi. L'esempio principale di interesse in obligatione si realizza, ovviamente, nelle obbligazioni *in facere*, per loro natura incoercibili. Entro questi limiti, la dottrina del Révigny non appare distanziarsi dalle risultanze dei glossatori. Il contributo

⁽⁶⁸⁾ JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit., fol. 357 r. col. 1-2.

originale del giurista francese si manifesta altrove: la medesima obbligazione al trasferimento di un bene può trovare l'interesse *in condemnatione* o *in obligatione* a seconda che essa sia stata contratta con una fattispecie nominata o innominata. Ove l'*obligatio dandi* derivi, ad esempio, da una *stipulatio*, contratto immediatamente efficace fra le parti fin dal momento della manifestazione del consenso, l'*id quod interest* è *in condemnatione*; nel caso in cui essa risulti da un contratto innominato in *do ut des*, la prestazione principale viene comunque quantificata in equivalente sin dal momento dell'introduzione del giudizio e quindi l'*id quod interest* è *in obligatione*.

Il Révigny inverte quindi la relazione di significato tra momento genetico e struttura obbligatoria della fattispecie che connota la dottrina dei glossatori. Per costoro la presenza o meno dell'*id quod interest* caratterizza l'obbligazione come *certa* o *incerta*. Ciascuna struttura contrattuale è determinabile in questa diarchia per quanto riguarda il contenuto e rende ammissibile solo una data struttura genetica, in una stretta dialettica tra questi due piani tipologici.

Per questo autore il contenuto obbligatorio del negozio viene determinato integralmente dalla sua procedura di formazione, che ascrive il regolamento in una data *species contractus*. L'atteggiarsi dell'*id quod interest* non può più rilevare come metro per la tipizzazione del contratto, ma rappresenta soltanto la quantificazione della responsabilità per l'inadempimento sul criterio offerto dall'oggettivo pregiudizio che esso reca alla parte che lo subisce. In questo modo, il Révigny astrae la determinazione dell'*id quod interest* dalle peculiarità della struttura del contratto, per legarla, al contrario, al detrimento a carico della sfera patrimoniale del soggetto.

L'esito di questo radicale mutamento di prospettiva è percepibile nella nuova concezione di *certitudo* isolata dal giurista francese. Il Révigny sottopone a critica attenta la dottrina dei glossatori:

« dicunt doctores contractus dicuntur continere certum non sicut accipitur certum ff. si certum petatur l. certi condictio sed quia continentur certum sive in genere sive in specie unde homo in genere certum est ut hic accipiatur certum contractus quae continent facta dicuntur continere incertum quia facta incerta sunt ut ff. de verborum obligationibus lex ubi

autem non apparet § quidam. contractus ergo secundum eos continent speciem certam vel genus. » (69).

La concezione dei glossatori era totalmente spiegata a partire dal concetto di *factum* che rappresenta la massima ipotesi possibile di *incertitudo* e fornisce quindi la base per una definizione positiva della nozione. Il Révigny evidenzia la difficoltà di trovare una *ratio* a tale principio:

« Sed contractus continent incertum quia continent factum. quae est ergo ratio diversitatis. dicunt facilius facere quam dare de bursa sua unde si non faciat debitor gravius punitur quia condemnatur ad interesse ideo interesse taxatum est usque ad duplum... ipsi dicunt gravius est dare quam facere nescio quod ipsi volunt dicere. » (70).

La logica dei glossatori vuole, sulla propria concezione dell'*interesse*, che ogni prestazione sia intrinsecamente *certa* o *incerta*. Una conclusione che comporta, a giudizio del Révigny, talune incongruenze:

« venditio continet factum quia tradere facti est... et tamen reputatur hic contractus continens certam naturam et certam quantitatem ipsi possent respondere evadendo. quia tradere est factum magis certum quam alia facta. licet incertum quia factum alii contractus dicuntur certum qui continet certam quantitatem id est precium taxatum ut est in locatione et venditione. Sed ubi non est quantitas taxata dicitur contractus incertus. sed haec sententia nulla est, ut infra videbitis. » (71).

L'obbligazione in *tradendum* è naturalmente predicata nel *factum* e quindi tipicamente incerta. I glossatori, tuttavia, sentono l'esigenza di distinguere questa prestazione qualificandola come maggiormente *certa* rispetto alle altre ipotesi descritte nel *facere*. Una caratteristica che essi cercano di ricostruire, nei contratti di compravendita e di locazione, partendo dalla quantificazione che a tale *factum* proviene dalla relazione sinallagmatica con l'elemento, certo

(69) JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit., fol. 357 v. col. 1.

(70) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.

(71) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.

per definizione, del *pretium*. La concezione dei glossatori sul concetto di *traditio* si fonda quindi sul concetto di *certa quantitas*; essa tuttavia non dà soluzione per quelle ipotesi di contratto in cui il prezzo non sia stato certificato dalle parti.

A questa dottrina e alle sue aporie, il Révigny oppone la propria visione:

« Dicendum. contractus illi dicuntur continere certum sicut hic accipitur certum in quibus continentur vel facta vel res que recipiunt communem estimationem illi contractus continent incertum qui continent rem vel factum quod non potest communem recipere estimationem. » (72).

Il giurista francese contrappone alla concezione strutturale dell'interesse una propria dottrina che riprende in pieno la propria definizione dell'*id quod interest* come *aestimatio damni*. Seguendo questa nozione, l'inadempimento dell'obbligazione derivante dal contratto dà luogo ad una responsabilità la cui quantificazione avviene misurando il pregiudizio che l'illecito produce nella parte che lo subisce. Ciò si traduce nella definizione della *certitudo* del contratto in termini di quantificabilità dell'interesse. In questi termini, l'obbligazione è *certa* ove la prestazione che ne costituisce oggetto sia quantificabile secondo una valutazione comune, passibile di essere operata da un terzo rispetto alle parti del negozio. Una caratteristica che, come tale, può ravvisarsi in modo eguale tanto nelle obbligazioni al trasferimento di una cosa che al compimento di un'azione specifica. In questo modo, il Révigny riporta al problema della *certitudo* il principio di relatività degli effetti dell'inadempimento contrattuale:

« Verbi gratia. promitto tibi fundum: fundus est res que potest recipere communem estimationem. Item pone vendidi tibi fundum et tradidi animo trasferendi dominium istud tradere potest recipere estimationem qui multum est vicinum dationi: et sic factum potest recipere communem estimationem. sed quantum interesset cuilibet quod sibi traderetur fundus tali modo. Item promitto tibi scribere librum vel facere domum potest recipere communem estimationem promitto Stichum stare in iudicio vel me ire Romam: facta ista non possunt estimari communiter scilicet quantum

(72) JACQUES DE RÉVIGNY loc. ult. cit., fol. 357 v. col. 2.

interest cui libet: quia multi sunt quorum non interest: immo forte nulli sunt quorum interesset. quia video si staret in iudicio: vel eas Romam nisi ille solus cui promissum est stare vel ire: unde hic non cadit communis aestimatio. » (73).

Nella categorizzazione del Révigny non tutte le prestazioni in *facere* sono *incerte*, ma soltanto quelle in cui le conseguenze dell'inadempimento non possono ricevere una stima su di un metro di comune utilità. In questo senso, la prestazione in *tradere* è *certa* nonostante consista in un *facere*, non perché ha ad oggetto un bene dotato di un valore determinabile, ma perché, per questo tramite, l'effetto dell'inadempimento di tale prestazione è passibile di una valutazione uniforme (« *quantum interesset cui libet quod sibi tradetur fundus tali modo* »). Lo stesso fenomeno si verifica per le obbligazioni in *facere* volte alla produzione di un bene determinato, come la redazione di un libro o la costruzione di un edificio: anche in questo caso, la possibilità di valutare il mancato accrescimento della sfera patrimoniale di chi avrebbe dovuto ricevere la prestazione su di un criterio univoco di utilità rende *certa* l'obbligazione. Il compimento di un'azione la cui utilità non può essere misurata su di un parametro comune rende invece *incerta* l'obbligazione, come nel caso in cui il *facere* dell'obbligato consista nell'effettuare un viaggio o nello stare in giudizio. L'inadempimento di un'obbligazione siffatta può essere misurato nei suoi effetti solo a partire dalla posizione concreta del singolo soggetto coinvolto.

L'approccio del giurista francese rifiuta quindi l'identificazione della *certitudo* con una determinata struttura dell'obbligazione e quindi sul ruolo che l'*id quod interest* assume all'interno della fattispecie, per spostare l'attenzione sul dato della quantificabilità della prestazione equivalente. Il Révigny non esclude quindi una tipizzazione delle prestazioni sul criterio della *certitudo*, ma questa viene ridisegnata su di un nuovo criterio: la possibilità di valutare le conseguenze dell'inadempimento su una base uniforme. In questo modo, tutte le obbligazioni comunque volte al trasferimento di una cosa determinata, sia esso direttamente o indirettamente costitutivo del diritto di proprietà, sono comunque *certe*. La questione sulla

(73) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.

certitudo potrà porsi solo con riguardo alle prestazioni non traslative, determinate quindi nel *facere*, di cui occorrerà verificare se l'interesse che esse intendono perseguire sia o meno valutabile secondo una fattispecie comune o, al contrario, possa essere misurato solo nella sua singolarità:

« contractus ergo illi continent facta vel res in quibus cadit communis aestimatio dicuntur continere certum. Sed contractus qui continent factum cuius nulla est communis aestimatio dicuntur continere incertum. Sed quae est causa diversitatis ratio est in promptu: quia ubi contractus recipiunt communem estimationem ibi est interesse taxatum usque ad duplum quia duplum non est nisi respectu simpli et ibi est recipere simplum secundum communem estimationem: unde qui vult taxare oportet quod hoc faciat respectu simpli. et ubi contractus sunt certi eo modo quo accipitur hic certum est ibi reperire simplum ideo duplum. sed in contractibus incertis ex quo non cadit ibi communis aestimatio non reperitur ibi simplum respectu cuius simpli fieret duplicatio unde ibi petitur interesse non taxatum sed relinquitur subtilitati iudicis et petitur quantumcumque sit. » (74).

In questo modo il Révigny riduce tutte le distinzioni dei glossatori, improntate ad una concezione qualitativa dell'*id quod interest*, in una definizione totalmente organizzata sul dato quantitativo. Per essa, la ragione del distinguere tra contratti *certi* e *incerti* prescinde da qualsiasi considerazione circa la struttura del contratto o dell'obbligazione principale, per rivolgersi al solo profilo della quantificabilità specifica dell'obbligazione all'equivalente. Il contratto è *certo* allorché possa contenere una prestazione il cui valore possa fornire su un metro comune la misura del pregiudizio cui il suo inadempimento espone la parte che lo subisce. Il valore della prestazione non si identifica così con l'importo dovuto dall'inadempiente in risarcimento del suo fatto illecito, come nella definizione di interesse *commune* propria dei glossatori, ma costituisce il punto di riferimento per la sua valutazione da parte del giudice, che deve comunque tener conto dell'utilità che il soggetto esposto all'inadempimento avrebbe potuto ricavare dalla prestazione oggetto del contratto. Una volta accertato il *quantum* della prestazione contrattuale

(74) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. cit.

inadempita, il giudice può commisurare l'effettivo pregiudizio causato alla parte, entro il limite del *duplum*.

Il contratto *incerto* ha per oggetto una prestazione priva di una *communis aestimatio*: il giudice deve quindi accertarlo in concreto, senza poter disporre di alcuna base di valutazione. Da ciò deriva che la parte attrice possa chiederlo al di fuori di ogni limitazione normativa.

3.3. *Il modello di Pierre de Belleperche e la sua recezione in Cino da Pistoia.*

Lo schema ricostruttivo dell'*id quod interest* esplicitato dal Révigny non gode presso i giuristi successivi, partecipanti della sua impostazione, della stessa fortuna tributata alla sua teoria dei *pacta*. Abbiamo visto come, su quest'ultimo terreno, il Belleperche spingesse la costruzione del maestro sino alle sue ultime conseguenze, quasi depurandola degli ultimi tributi pagati all'esperienza dei glossatori. Analizzando le teorie sull'*id quod interest*, al contrario, possiamo verificare nel discepolo il riutilizzo di molti strumenti definitori propri dell'età della Glossa e nettamente ripudiati nella costruzione del Révigny.

Il Belleperche è difatti protagonista di una forte critica agli assunti principali sui quali si fonda la dottrina del maestro, a cominciare dagli argomenti di cui il Révigny si serve prima per ricostruire e contestualmente per criticare l'impostazione di Azone e della *Glossa accursiana*:

« ...dicunt doctores moderni quod glossa minus plene et minus vere loquitur. dicit nam glossa quod interesse est dampnum emergens imo non est dampnum sed estimatio dampni [...] imo reprehendunt glossam ad nomen et credo quod glossa dicat verum. Dicit glossa quod interesse est dampnum emergens non vult dicere quod interesse dampnum sit. Nunquid fui ita fatua, sed modus est loquendi, quod resarcirent dampnum et dicitur communiter resarcires michi dampna mea id est estimationem dampnum »⁽⁷⁵⁾.

(75) PIERRE DE BELLEPERCHE, *Repetitio in l. Si res vendita § cum per venditorem*. Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va. La critica del BELLEPERCHE alle posizioni del RÉVIGNY viene confermata da CINO DA PISTOIA, che sottolinea le affinità tra la tesi del *doctor ultramontanus* e quelle di DINO DEL MUGELLO: « Prima divisio dividitur in tres species, in

Come abbiamo visto, il Révigny accusava la teoria di Azone di identificare l'interesse con il concetto di danno. Da qui il sofisma del *doctor ultramontanus*: vera questa identificazione, la parte inadempiente sarebbe obbligata verso l'altra a corrispondere un danno e non il suo risarcimento. Tale cavillosità serve al Révigny per troncane ogni sudditanza verso l'analisi esegetica delle contraddittorie fonti romane sull'*id quod interest* e fondare una propria nozione autonoma del concetto, del quale misurare la rilevanza in modo indipendente dal dato strutturale del contratto. Il Belleperche denuncia la capziosità della critica revigniana alla *Glossa*, sottolineando come essa si basi su di un'interpretazione letterale di una formula (« *ad damnum esse obligatus* ») che l'opera accursiana traeva dal linguaggio corrente e che su questo deve essere compresa ⁽⁷⁶⁾.

Rimosso l'argomento fondamentale della critica del Révigny, il Belleperche può così rivendicare alla tecnica definitoria dei glossatori la nozione di interesse come *aestimatio damni*. Un risultato che gli consente di rileggere e valorizzare nuovamente l'apparato di distinzioni dei giuristi precedenti, quale quella tra interesse *commune, conventum e singulare* ⁽⁷⁷⁾.

commune, in conventum et singulare interesse... quod non approbat Iacobus de Ravanis sed dicit, quod est unicum interesse, et probat, quasi per omnes rationes et iura, quae Dynus pro hac parte adducit... » (*super Codicem, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, n. 13, fol. 459 r. col. 2).

⁽⁷⁶⁾ Un'argomentazione fatta propria da CINO DA PISTOIA: « ita dicit Iacobus praedictus: tamen diffinitio glossae potest salvari, et immerito in aliquibus reprehenditur: quia reprehensio est ad nomen. Nam cum glossa dicit quod interesse est damnum emergens, non vult dicere, quod interesse est damnum, non fuit ita fatua, sed modus est loquendi: Dicunt enim homines, tantum est damnum meum, resarcias mihi damna mea, id est, aestimationem. Ad ista verba consueta et vulgaria se retulit glossa... unde quod dixit damnum emergens, intelligendum est, id est, aestimatio damni... » (*super Codicem, de sententiis quae pro eo quod interest*, cit., n. 12. fol. 459 r. col. 1- col. 2). CINO riporta un'ulteriore critica alla tesi del RÉVIGNY sul punto: « Advertas, quidam scholaris opponebat Iacobo praedicto et arguebat sic: Interesse est aestimatio damni, secundum vos domine Iacobus sed interesse aestimatur, ergo aestimatio aestimatur, quod est falsum. Ad quod ipse respondit. Dico, quod interesse non est actus aestimandi, sed interesse est, in quo aestimatur damnum. » (*super Codicem, de sententiis quae pro eo quod interest*, cit., n. 12. fol. 459 r. col. 1).

⁽⁷⁷⁾ « Quaero secundo qualiter dicatur interesse et dividatur hic dicit glossa quod in tres species habet dividi interesse quid dicendum nam est interesse commune quidam conventionale quidam singulare. commune ut rem valentem centum vendidit pro

Anche su questo terreno l'allievo contesta la lettura del maestro, che esclude la configurabilità delle prime due categorie ⁽⁷⁸⁾, sul presupposto che esse si identificano nel diverso concetto di *pretium*:

« Sed isti reprehendunt glossam ad nomen. Dico vero quod proprie vero unum interesse est scilicet singulare stricto sumpto vocabulo quidam est conventum et quidam est commune ut si valet centum tantum interest mea habere sed proprie loquendo unum tantum est interesse scilicet singulare et hoc voluit glossa dicere. si petetur ab ea id dixisset unum ergo est interesse scilicet singulare. » ⁽⁷⁹⁾.

Ancora una volta il Belleperche sottolinea il carattere artificioso della critica revigniana alla dottrina di Azone e della *Glossa* che, se pure pongono nettamente la tripartizione fra le diverse specie di interesse, pure rimarcano come la nozione trattata sistematicamente dal *Codex* giustiniano sia soltanto quella dell'interesse *singulare*. Da questa i glossatori deducono le altre, nello sforzo di comprendere in una definizione unitaria i vari regimi descritti per l'*id quod interest* nell'alluvionalità delle fonti romane.

Il Belleperche completa la sua critica alla tesi del Révigny di un terzo elemento:

« Doctores nostri dicunt imo istud interesse singulare est utilitatis non affectionis. quia pone unum iocale quod dedit sibi amasia sua non forte daret pro centum libras sequeretur absurdum quod pro centum libras posset estimari. praeterea iura hic dicunt iuramentum tutor ad utilitatem pupilli defertur ergo est utilitatis » ⁽⁸⁰⁾.

centum tantum nam valet res quantum vendi potest [...] precium conventum sive interesse est ut si res valet quindecim et vendidi pro decem vel quindecim ut est conventum... Singulare est ut quantum mea interest singulariter rem habere quam forte non valet decem et interest mea in triginta illam habere. » (Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va).

⁽⁷⁸⁾ « Doctores moderni reprehendunt glossam... ut dicunt pro commune precium. precium non est interesse. solum unum nam est interesse scilicet singulare. commune precium respicit rem interesse respicit personam et ideo dicit lex quod cuiusque interest et cetera et sic personam tantum respicit... dicit in eodem non cadit copula et cetera unde lex dicit interesse alium excedit precium conventum ergo precium conventum non est interesse bene scio non differunt in specie. » (Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va).

⁽⁷⁹⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 va.

⁽⁸⁰⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb.

La definizione dell'interesse come *aestimatio* dell'utilità che il creditore si ripromette di ottenere dall'adempimento della prestazione dovutagli è centrale nella dottrina del Révigny; l'allievo non respinge totalmente l'idea, ma ne limita molto la rilevanza. Il Belleperche distingue infatti nella *ratio* che presiede la nozione di interesse due profili, uno riguardante la legittimazione all'esperimento dell'azione per il risarcimento e l'altro concernente la sua quantificazione:

« Breviter debetis scire quod non habebitur ratio affectionis quantum ad hoc quod aliquis admittatur ad agendum. vero aliter non admittetur, non autem quantum adversarius gravius condempnetur unde si minor vendidit domum paternam pro centum quae non valuit nisi centum. dicit minor volo restitui. dicit emptor imo non debeo restitui quia tu non es lesus et non debes restitui nisi lesus nec est lesus quia non valet nisi centum...dicit minor affectionem habeo ad eam, quia domus erat paterna. bene admittitur [...] sed solummodo utilitatem continens non ut aliquis gravius posset condemnari. » (81).

La *ratio affectionis* non è quindi in grado di determinare l'importo del risarcimento in *id quod interest*, ma individua comunque il soggetto cui compete l'azione. In questo modo il Belleperche toglie validità all'impianto argomentativo del maestro, che si basava sull'identificazione tra i due profili per concludere che solo la valutazione dell'*utilitas* può fondare la definizione dell'interesse. La *ratio utilitatis* sorregge quindi la quantificazione dell'*id quod interest*, che deve essere valutato in ragione del pregiudizio che l'inadempimento di una parte causa alla sfera patrimoniale dell'altra (82).

(81) Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb. Il medesimo apparato definitorio si ritrova in CINO DA PISTOIA, loc. cit. n. 14, fol. 459 v. col. 1.

(82) In questo modo, non si può chiedere un risarcimento maggiore del valore comune della cosa perita o non corrisposta adducendone una pretesa infungibilità *ratione affectionis*, ma solo *ratione utilitatis*, giusti gli esempi che CINO DA PISTOIA riprende dalle *Repetitiones* del BELLEPERCHE: « ..aliquis interfecit servum meum filium naturalem, ita quod tenetur mihi actione legis Aquiliae in quantum valuit. Sed pone, quod valuit viginta tamen habeo affectionem, quia nollem carere pro quadraginta nunquid gravius condemnabitur? non, ut ff. ad legem Aquilianam l. si servuum meum, circa principium. Sed pone, habeo librum, in quo multa scripsi de manu mea, de litera illegibili, in isto libro maior est utilitas mea, quam alicuius alterius, secundum veritatem

Soccorre così una ulteriore distinzione, che il Belleperche recupera parimenti dall'esperienza dei glossatori, per ridefinirla in termini parzialmente diversi:

« est ne alia divisio itaque quod est interesse intrinsecum et quidam extrinsecum et hoc dicit hic quia dicit quod est interesse circa rem et subaudi quod est extra rem. circa rem intrinsecum extra rem extrinsecum »⁽⁸³⁾.

Le prime opere dell'età della Glossa ponevano la distinzione tra interesse *circa rem* e *extra rem* tra le molte altre di cui si componevano i complessi apparati sull'*id quod interest*. Nel loro approccio, l'interesse *circa rem* si riferiva a quei beni le cui qualità possono essere immediatamente apprezzate, l'interesse *extra rem*, al contrario, riguarda quelle cose la cui specifica utilità si esprime attraverso un autonomo atto giuridico di disposizione. Una differenza che il Belleperche sottopone a critica:

« Dicunt quidam planum est. quaedam intrinseca bonitas ut gustus, quaedam extrinseca bonitas ut pecunia, sic interesse intrinsecum est in rem vel circa rem et interesse extrinsecum extra rem, supra si certum petatur l. cum quid. istud non valet. intrinsecum vocatur etiam extrinsecam bonitatem ut infra de evictione l. venditor...unde breviter credo sic dicendum. Intrinsecum interesse est quod concomitatur rem penes quaecumque vadat. Extrinsecum interesse est quod non communiter sequitur rem penes quaecumque vadat sed si ad certam personam veniat habet locum »⁽⁸⁴⁾.

La distinzione tra interesse *circa rem* e *extra rem* diviene quindi nel Belleperche la distinzione tra interesse *intrinsecum* e *extrinsecum*, una differenza non semplicemente terminologica. La categoria dei glossatori veniva descritta sulle caratteristiche naturalmente possedute dalla cosa; quella del *doctor ultramontanus* procede dalla

non curo de affectione, illum librum vendo tibi: postea tu revendis mihi, venditor non vult tradere, defertur mihi iuramentum in litem, quid iurabo? Dico, quod iurabo de utilitate mea singulari. » (*super Codicem*, ult. loc. cit. n. 14, fol. 459 v. col. 1).

⁽⁸³⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb.

⁽⁸⁴⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 76 vb - fol. 77 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., fol. 459 v. col. 1-2.

cospezione funzionale delle diverse tipologie di danno e, conseguentemente, di risarcimento:

« Quero quando habetur ratio intrinseci interesse vel extrinseci. Expedio me breviter. Si queras quando intrinseci vel extrinseci habebitur ratio. Distinguo sic. aut agitur propter hoc ad interesse quia fecit quod facere non debuit et dico quod tunc habebitur ratio extrinseci et intrinseci interesse. pone aliquis me expuli de possessione fundi mei. aliquis surripuit in servum meum et pecuniam meam quia non potui habere incido in penam. quo autem venit intrinsecum et extrinsecum interesse [...] aut agitur ad interesse quia non est factum quod fieri debuit et tunc dico quod non habebitur ratio extrinseci interesse sed intrinseci. et intelligitur hic non tradidit rem venditam tenetur ad interesse circa rem non extra rem. »⁽⁸⁵⁾.

Nel momento in cui il danno viene causato dal compimento di un'azione per la quale vi era l'obbligo di astenersi, il risarcimento andrà valutato quantificando sia l'interesse *intrinsecum* che l'*extrinsecum*. Diversamente nel caso in cui il pregiudizio si crea ove un soggetto non pone in essere la prestazione cui si era precedentemente obbligato: in questa ipotesi il risarcimento andrà valutato solo secondo l'interesse *intrinsecum*.

Attraverso questa nuova distinzione il Belleperche riesce a definire in termini esclusivamente funzionali la determinazione dell'*interesse*, riportandola però, a differenza del Révigny, nel tessuto proprio del contratto. Usando di questo strumento, difatti, egli può agevolmente ridefinire la distinzione tra fattispecie contrattuali *certe* e *incerte* in una prospettiva distante sia dall'impostazione strutturale dei glossatori⁽⁸⁶⁾ che da quella del maestro, tendente a ricostruire il

⁽⁸⁵⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 77 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit.

⁽⁸⁶⁾ « Dicunt antiqui quod conventiones certam habentes quantitatem a natura sunt ut contineant certam speciem. ut pone. vendit mihi Stichum aut Pamphilum interest mea habere in mille. nec petam nisi duplum precii. sed que conventiones continent(es) incertam quantitatem dicunt ipsi sunt conventiones quibus perimetur aliquid in genere vel in quantitate et petam quantumcumque intersit probatur certum quod in specie est certum quod est in genere...ratio huius est quando in uno gravatur in alio relevatur. multum gravatur qui tenetur ad certum. unde in alio dicit relevari [...] istud non est bene dictum argumenta supra si certum petatur l. certi conditio in principio. unde dicit glossa et est sententia Francisci quod conventiones certam naturam vel quantitatem habentes sunt sive contineant certam rem sive incertam, dum tamen contineat dationem

ruolo dell'*id quod interest* in termini esterni rispetto al tessuto negoziale.

L'argomento principale del Belleperche è fornito dalla struttura dei contratti di locazione e di compravendita, sui quali egli misura le incongruenze dell'approccio dei glossatori, centrato sulla distinzione tra obbligazioni in *facere* e in *dare*:

« Dicit quod illae conventiones certam quantitatem habent sive causam que continent dationem. sed ille que continent faccionem habent incertam naturam sive causam. sed nonne locare factum esse sic et tamen locatio et venditio habent certam naturam. et tamen vendere est factum. ergo quamvis tales conventiones contineant factum non reputantur incertam causam habere. Ipse Franciscus distinxit. alium est factum per quo itur ad incertam speciem et propter hoc non continens incertam causam vel naturam. Sed factum per quo itur in novam speciem continens incertum et respectu certi originis dicitur certum » ⁽⁸⁷⁾.

La concezione dei glossatori non riesce a dare sufficiente ragione del fatto che contratti i quali contengono prestazioni tipicamente incerte, poiché aventi ad oggetto un *facere*, producano delle obbligazioni perseguibili attraverso azioni *ad certum*. La critica del Révigny non soddisfa tuttavia pienamente l'allievo:

« Quare ergo dixit Iacobus in locationibus continetur certa causa et tamen itur in novam speciem ut in operis. non respondit Franciscus et interpositum fuit quia nescivit respondere. unde dicunt modernae conventiones [...] habere certam causam que continent tale quid quod facile potest estimari et tunc certam naturam habent. sed pone promittis ire

sed incertam naturam sive quantitatem continent quia continent factum certam naturam ergo habent que continent dationem. ».

⁽⁸⁷⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 77 vb - 78 ra. Il BELLEPERCHE riferisce la costruzione di AZONE e della GLOSSA a FRANCESCO D'ACCURSIUS sulla menzione di un episodio specifico spesso citato dai Commentatori: « Glossa per praedictam rationem non potest sustineri, nec potuit eam defendere Franciscus Accursius dum legeret hanc legem ultra montes, dum fuit cum Rege Angliae et Iacobus predictus in forma discipuli poneret sibi, nimirum non erat in mundo adversarius durior nec subtilior » (CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., n. 19, fol. 460 r. col. 2- v. col. 1). L'impossibilità del figlio del compilatore della GLOSSA MAGNA di difendere l'opinione del genitore contro JACQUES DE RÉVIGNY, *qui surrexit contra eum in forma discipuli*, è testimoniato anche da BARTOLO DA SASSOFERRATO, in l. *Cum pro eo*, C. *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*.

Romam de difficili potest estimari ista conventio et imo incertam dicitur habere causam vel naturam... »⁽⁸⁸⁾.

La costruzione revigniana distingue fra fattispecie *certe* e *incerte* sulla base della facilità di quantificazione dell'*id quod interest*, un criterio che resta, a giudizio dell'allievo, indeterminato e avulso dal profilo strutturale del contratto⁽⁸⁹⁾. A questo, egli contrappone la propria concezione:

«...istud non concedo. dico qui promittit factum si sit in mora obligatur ad interesse et semper est incertum et habet incertam naturam...Quid ergo dicemus. dicunt quidam conventiones que certam naturam habent sunt que habent certam recompensationem taxatam ut precium vel mercedem. vendis librum. locas operas certa est recompensatio ex parte tua. vendis pro decem locas pro decem vel in contractu permutationis convenimus quod dares Digestum pro Codicem. habes Codicem meum pro Digesto tuo ista habent certam recompensationem et continent certam naturam et in huis non exiges interesse ultra duplum precii. »⁽⁹⁰⁾.

Per il Belleperche la *certitudo* deriva da una valutazione totalmente interna all'assetto funzionale del contratto. Le fattispecie *certae* sono così quelle in cui la prestazione di una parte trova corrispondenza nella controprestazione dell'altra. Il giurista francese rimuove così le difficoltà concettuali cui va incontro la costruzione dei glossatori, costretti dalla loro visione eminentemente strutturale a considerare partitamente le prestazioni di cui si compone il regolamento contrattuale. Nella concezione dei *doctores antiqui* l'unità della fattispecie contrattuale si descrive unicamente sul piano strutturale, individuato dai *vestimenta*. La valutazione del regolamento sul diverso profilo della *certitudo* descrive gli obblighi delle parti nella loro individualità di situazioni specifiche, il cui combinarsi determina l'assetto funzionale del contratto, che l'interprete

⁽⁸⁸⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra. Cfr. CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., n. 20, fol. 460 v. col. 1.

⁽⁸⁹⁾ Per come viene spiegato da CINO DA PISTOIA: «Ista est lectura Iacobi praedicti, sed Petrus non stat in ea, quia non probatur lege, et sine lege erubescimus loqui » (loc. ult. cit., n. 20, fol. 460 v. col. 1.)

⁽⁹⁰⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra.

dovrà valutare in termini di congruità rispetto alla procedura di formazione del negozio.

La costruzione del Belleperche consente invece di recuperare il dato dell'unità del contratto sul profilo funzionale. In questo modo, egli esplicita la valenza della relazione di mutua determinazione fra le prestazioni che costituiscono l'oggetto di taluni contratti rendendola come segno identificativo della *certitudo* della fattispecie:

« sed pone. promisisti ire Romam ista promissio vel conventio non habet certan recompensationem ex parte tua. et imo quantumcumque interesse exigam probari debeo. certe ratio hoc dictat. primo si promisisti mihi ire Romam. si non vadis petam interesse quantumcumque, quia nullum est precium. unde duplum precii petere non possum quia quod non est duplicari non potest »⁽⁹¹⁾.

Nel contratto di compravendita la prestazione di un soggetto trova esatta valutazione in quella della controparte, stante la corrispondenza che si realizza tra l'atto traslativo del venditore e il pagamento del prezzo da parte del compratore. L'elemento del prezzo in denaro caratterizza anche la fattispecie della locazione, che è così certa anche ove la parte si obblighi ad un *facere*.

Ove invece una parte si obblighi ad una azione che non trova immediata corrispondenza nella prestazione assunta dalla controparte, il contratto risulta incerto, e la parte che subisce l'inadempimento può chiedere il risarcimento senza alcuna limitazione preconstituita, esponendosi tuttavia all'onere della prova sul *quantum*.

La razionalizzazione del Belleperche riporta quindi ogni problema relativo alla determinazione dell'*id quod interest* al profilo funzionale del contratto. Essa è tuttavia ben lungi dal rappresentare la risposta definitiva sul punto:

« Quid dicemus? In veritate adhuc est obscurum istud statutum, nec mihi clarescit, ex his quae dicta sunt, imo accrescit magis. Tu autem elige, quod plus placet. Sed si ego essem Iudex, de medio non discederem in hoc articulo a glossa, quia illum reputarem incertum casum, ubi est in obligatione factum merum et simplex. Non obstat, quod in venditione versatur factum, circa traditionem: quia dico, quod illud est factum mixtum, quod

⁽⁹¹⁾ Ms. Vaticano Borghese 277 fol. 78 ra.

unico actu et momento explicatur, per dationem vel solutionem rei, sed factum merum habet successivum effectum. »⁽⁹²⁾.

Cino da Pistoia testimonia così la difficoltà di distaccarsi pienamente dalla lezione dei glossatori. La tesi del Belleperche mostra, pur al suo più alto estimatore, l'impossibilità di raffigurare l'intera tipologia contrattuale sull'unico criterio della reciproca valutazione delle prestazioni cui le parti si impegnano⁽⁹³⁾. Da qui la necessità di ritornare parzialmente all'impostazione fondamentale dei *doctores antiqui*, alla valutazione strutturale delle prestazioni e alla conseguente distinzione tra il regime per l'inadempimento delle obbligazioni ad un *merum facere* e quelle ad un *mixtum facere*, categoria in cui trova di nuovo cittadinanza la *traditio rei*, considerata nella sua singolarità⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹²⁾ CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., n. 20, fol. 461 r. col. 1.

⁽⁹³⁾ « Praeterea ratio huius inducit, quia in contractibus, qui non sunt obligatorii, hincinde noluerunt iura servari aequalitatem, sed in obligatoriis ultro citroque sic, et ideo in istis, qui habent mutuum compensationem, non licet contrahenti rescindere contractum, nisi sit deceptio ultra dimidiam iusti precii...Ista est lectura Petri in qua videtur mihi, quod amare tractet casus liberales ». CINO DA PISTOIA, loc. ult. cit., n. 20, fol. 460 v. col. 1 e col. 2.

⁽⁹⁴⁾ Una costruzione, quella di CINO DA PISTOIA, in cui si intravede la rinuncia ad una sintesi superiore delle varie *distinctiones antiquae* altrimenti tentata dagli Ultramontani. CINO tiene così distinte tre diverse ipotesi, a seconda che l'inadempimento si realizzi attraverso un *facere*, un *non facere* o un *non dare*. (« Tu dicas, aut agitur, quia factum est quod fieri non debuit, aut quia non est factum, quod fieri debuit: aut quia non est datum quod dari debuit », loc. ult. cit., n. 23, fol. 461 r. col. 1.) Nel primo caso la distinzione tra *factum merum* e *factum mixtum* non ha ragion d'essere. (« Primo quando agitur, quia est factum quod fieri non debuit: tunc interesse est in obligatione et petitione, unde potest peti in libello... »). Nel secondo caso la distinzione tra *merum* e *mixtum facere* rileva per stabilire il ruolo dell'*id quod interest* all'interno della fattispecie. Nell'ipotesi di *factum merum* la parte non può ottenerne l'adempimento in forma specifica e deve quindi accontentarsi della *petitio interesse*; nell'ipotesi di *factum mixtum*, l'alternatività fra le due obbligazioni non è perfetta e la pretesa all'*id quod interest* è dipendente dalla pretesa alla prestazione originale. In quest'ultima ipotesi si colloca l'obbligazione a *tradere rem*, tipica della compravendita. La terza ipotesi, quella delle obbligazioni a *rem dare*, viene spiegata da CINO in piena aderenza alle dottrine dei glossatori, distinguendo a seconda che tale prestazione risulti da un contratto nominato o innominato.

4. *Per una sintesi delle dottrine ultramontane. Patti accessori e novazione del contratto.*

4.1. *Una nuova definizione dei patti aggiunti incontinenti e ex intervallo.*

Il sistema degli Ultramontani si descrive pertanto, in confronto con l'architettura dei glossatori, su due momenti specifici: il rifiuto della prospettiva strutturale dei *vestimenta pactorum* cui consegue la visione funzionale del contratto considerato nella sua intrinseca unità. Da ciò deriva una concezione dell'*id quod interest* come strumento indifferente a descrivere la struttura del regolamento contrattuale mediante l'analisi dei suoi effetti, per come è nella visione dei giuristi precedenti.

Il portato specifico di questi ultimi consisteva nel distinguere su piani diversi la prospezione strutturale e quella funzionale di una data manifestazione contrattuale. Gli Ultramontani, riunendo su di un unico terreno queste due valutazioni, inconcepibili separatamente nella loro visione organica del fenomeno negoziale, necessariamente rifiutano l'interesse come epifenomeno dell'assetto funzionale del contratto.

Un'ispirazione comune in cui, ancora una volta, è dato notare differenze sensibili tra i due massimi esponenti. Esse ci partecipano la difficoltà di applicare integralmente la loro metodologia ad un tema così delicato, troncando nettamente la rete di *distinctiones* dei giuristi precedenti, opera la cui complessità consentiva tuttavia di rendere una più fedele immagine di taluni processi. È significativo, sotto questo aspetto, che l'atteggiamento di più radicale rifiuto della razionalizzazione dei glossatori appartenga al Révigny, per altro verso maggiormente legato all'architettura dei *vestimenta*, mentre il Belleperche si caratterizza, specularmente, per un più netto rifiuto della razionalizzazione dei momenti strutturali e al contempo per una maggiore considerazione delle categorie dei giuristi precedenti sul piano dell'*id quod interest*.

Un dato che non stupisce: accentrando la totalità della descrizione delle caratteristiche tipizzanti dei singoli modelli contrattuali su un concetto di *species contractus* che ha comunque forti momenti di continuità rispetto all'architettura dei *vestimenta*, il Révigny può

negare recisamente ogni ruolo dell'*id quod interest* nella rappresentazione del contenuto obbligatorio del contratto. Il Belleperche, al contrario, escludendo ogni debito con la tradizione precedente sul piano della classificazione dei modelli, è costretto a contrarne altri sul terreno dell'*interesse*, affidando la comprensione di questo tema a distinzioni reminiscenti di quelle adoperate dai glossatori.

Se quindi la proporzione fra i due piani di razionalizzazione della realtà del contratto si compone in modo diverso presso questi due autori, tuttavia essi tendono allo stesso risultato e lo raggiungono in misura eguale. Esso consiste in una visione organica del regolamento contrattuale, nella sintesi tra i due profili in cui i glossatori scindevano la realtà del contratto.

Un'operazione che non può essere condotta mediante la posizione autoritativa di nuovi principi, ma che necessita di ridefinire i concetti cardine della tradizione precedente. Le differenze tra i vari autori nella configurazione della sintesi tra i due profili di comprensione della realtà del contratto mostrano l'impossibilità di recidere d'un tratto i legami con la costruzione sapienziale dei glossatori e, all'un tempo, la difficoltà di rapportarvisi, col conseguente pericolo di perdere molte delle cifre di analisi del regolamento pattizio. La diversa attenzione che il Révigny e il Belleperche attribuiscono a questo o quel profilo della costruzione dei *doctores antiqui* è l'indice di tale difficoltà, non il segno di una loro divergenza sui punti fondamentali della ricostruzione del fenomeno contrattuale, che rimane unitaria e informata sugli stessi principi.

Per averne conferma è sufficiente verificare i termini in cui gli Ultramontani rendono il problema dei patti accessori e della novazione del contratto. Il conseguimento di una sintesi organica fra il profilo strutturale e quello funzionale del contratto fa difatti venire meno la base concettuale per la descrizione del tipo contrattuale nei termini di quello schema di definizione reciproca tra tipologia nominata e innominata che abbiamo visto caratterizzare le dottrine dei più maturi esponenti dell'età della Glossa.

Questo si fondava, come abbiamo visto, sull'assunto che ogni determinata configurazione dei momenti strutturali della dichiarazione comportasse un dato assetto funzionale al negozio. La corrispondenza tra questi due profili è biunivoca: il mutare dell'uno comporta l'immediata modificazione dell'altro, talché ove le parti di

una compravendita si accordino successivamente che al posto del prezzo in denaro venga corrisposta una *res certa in specie*, il loro negozio si trasformerà in un contratto innominato, sottoposto ad un regime diverso e incompatibile con quello del contratto precedentemente concluso.

Abbiamo visto le conseguenze di tale assunto in numerosi aspetti delle dottrine dei glossatori. Fra questi, il più rilevante è dato dal regime dei *pacta adiecta*, una materia nella quale i primi maestri del diritto comune debbono distinguere necessariamente l'ipotesi dell'accordo che si sostituisce integralmente ad un precedente contratto fra le stesse parti da quella della pattuizione successiva che integra il tessuto precedente, aggiungendovi obblighi ulteriori. Lo strumento adoperato, come abbiamo visto, consiste nel distinguere tra i patti che possono attingere la *substantia* del regolamento contrattuale da quelli abili esclusivamente ad inciderne la *natura*. Ove il secondo accordo venga stretto dalle stesse parti *incontinenti* rispetto al primo, esso si sostituirà al precedente se contiene una disposizione capace di coinvolgere la *substantia*, mentre ne modificherà semplicemente la statuizione ove, al contrario, sia passibile di toccarne esclusivamente la *natura*. Una terza ipotesi possibile di *pactum* è quella che si pone nei confronti del contratto precedente come semplice *accidens*: in questo caso la statuizione successiva aggiungerà una disposizione al regolamento precedente, sia che avvenga *incontinenti* che *ex intervallo*.

Tale contestualizzazione, in accordo allo schema di definizione reciproca del tipo fra tipologia nominata e innominata di contratto, procede da un angolo prospettico ben definito: il raffronto tra strutture contrattuali diverse e autonome. I glossatori rendono sempre il problema del *pactum adiectum* nei termini di un incontro fra due accordi indipendenti, che debbono essere misurati sul profilo funzionale per valutarne la compatibilità reciproca. L'epifenomeno di questa concezione è il sesto *vestmentum* della razionalizzazione azoniana dei momenti strutturali: la *cohaerentia contractus*, in cui la relazione con un contratto pienamente valido e azionabile assicura la qualificazione di un ulteriore patto nudo intercorso fra le medesime parti, autonomamente tutelato dall'*actio praescriptis verbis*.

Abbiamo già analizzato il radicale ripudio predicato avverso tale

ipotesi qualificativa dai giuristi francesi. Conseguentemente alle loro premesse, per cui l'unico *vestimentum* configurabile è l'*interventus rei*, stante la sua individualità rispetto al momento del consenso, gli Ultramontani asseriscono che il patto accessorio diviene azionabile per relazione con il fatto giuridico precedente solo allorché da questo connubio possa derivare un contratto innominato, ossia un accordo la cui sanzionabilità sia comunque riconducibile al solo fatto qualificativo configurabile in autonomia rispetto al momento di formazione del consenso:

« Unde dico quod ex relatione contractus precedentis ad contractum habitum incontinenti resultat contractus do ut des et ex illo nascitur prescriptis verbis. Verbi gratia vendo tibi equum pro decem et incontinenti ego stipulor a te asinum. ex relatione contractus primi ad secundum resultat contractus do ut des vel do ut facias ut si vendo tibi rem ut eas pro me romam. »⁽⁹⁵⁾.

In questo modo, il giurista francese respinge l'approccio dei glossatori, finalizzato a vedere nell'*adiectio pacti* la reciproca congruenza fra due strutture contrattuali e vi sostituisce una concezione che prende in considerazione la relazione fra i due fatti normativi come un'unica vicenda funzionale.

Le conseguenze di tale mutamento di prospettiva sono estremamente importanti e si possono cogliere su profili distinti. Innanzitutto, esso comporta la ridefinizione della distinzione tra patti *incontinenti* e *ex intervallo*, un punto di notevole difficoltà per i glossatori. Procedendo dall'idea di un incontro fra strutture contrattuali diverse, i *doctores antiqui* si sforzavano di trovare un criterio oggettivo che potesse individuare la realtà dell'accordo compiuto *paulum ante vel post contractum*, dando luogo ad una sparsa serie di tentativi arbitrari. Il *doctor modernus*, partendo dalla sua prospettiva totalmente funzionale, traccia in modo diverso la distinzione:

« Dico pactum habitum incontinenti habitum est ante completionem contractus: vel quod habitum est antequam partes haberent contractum pro completo »⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *in l. In bonae fidei C. de pactis* fol. 58 r. col. 1.

⁽⁹⁶⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *loc. cit.* fol. 57 v. col. 2.

Egli pone il punto di discriminazione tra le due tipologie di patto aggiunto nel momento in cui si verifica la *completio* del contratto inteso come fattispecie concreta, non considerato nella sua struttura tipologica. Nella visione del giurista francese l'accordo fra due soggetti è efficace in virtù della sua ascrivibilità ad un tipo, operazione che può essere condotta esclusivamente riguardando il fine che ciascuna parte intende perseguire ponendo in essere questo nuovo fatto giuridico. Procedendo da questa concezione, il patto accessorio si definisce concluso *incontinenti* allorché sia stato concepito dalle parti nel medesimo contesto funzionale del contratto principale:

« Unde pactum dicitur habitum incontinenti quod habetur in ingressu contractus vel egressu ut ff. eo. l. iuregentium § quinimo et ideo dicitur perfecta donatio cum donatione non capit ut infra de donationibus quae sub modo lex perfecta. Unde quamdiu partes volunt aliquid dicere vel addere non est completus contractus. Sed tunc completus est quando partes nihil amplius voluerunt dicere et est a partibus absolutus et de ista absolute a partibus facienda loquitur l. ff. de fide instrumentorum l. contractus. »⁽⁹⁷⁾.

In questo modo gli Ultramontani centrano la distinzione fra l'accordo concluso *incontinenti* e quello stretto *ex intervallo* sulla struttura della concreta manifestazione di volontà delle parti, non più sul dato della perfezione della singola fattispecie tipica, come presso i glossatori. Questi ultimi, procedendo da una visione strutturale di individuazione del tipo contrattuale, identificavano il momento della conclusione del contratto principale nel frangente in cui vengono ad esistenza gli elementi sostanziali della fattispecie. Le parti di una compravendita, ad esempio, concludono il negozio nel

⁽⁹⁷⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, ult. loc. cit. Giova riportare l'esemplificazione del RÉVIGNY, che verrà ripresa sia dal BELLEPERCHE che da CINO DA PISTOIA: « Dico ego dono tibi rem meam. dicis tu magnas grates. Dico ego incontinenti non interrompas mihi verba mea. Ego dono tibi rem sic ut scribas mihi librum vel facias hoc pro me. istud pactum quod sic est habitum ante completionem contractus est antequam a partibus esset contractus absolutus dicitur habitum incontinenti. Illud est habitum ex intervallo quia est habitum post completionem contractus: contraximus et habuimus multas conventiones. Dicit unus placet tibi venditio sic ordinata? dicit alius sic. Habito contracto sic completo et absoluto et a partibus etiam si incontinenti post habitum esset aliquid pactum. dicerem illud habitum ex intervallo. ».

momento in cui il loro accordo identifica la *res* e quantifica il *pretium*. In questo senso, la conclusione del contratto è per i glossatori una vicenda perfettamente definita nelle sue caratteristiche intrinseche: di conseguenza, la definizione di ogni eventuale patto accessorio come *incontinenti* o *ex intervallo* va operata su caratteristiche estrinseche, legate ad un arbitrario computo dello *spatium temporis* intercorso tra la perfezione del regolamento principale e la formazione di quello accessorio.

Gli Ultramontani, al contrario, riportano la differenza tra le due specie di *pacta adiecta* al momento della completezza della dichiarazione delle parti, all'istante cioè in cui il contratto può dirsi concluso non poiché risponde ai caratteri dettati dalla fattispecie astratta, ma perché è stato licenziato, *absolutus*, dai soggetti che lo hanno posto in essere. L'analisi della natura del patto accessorio deve misurarsi quindi non già con la realtà del contratto inteso come modello, bensì sulla struttura complessiva della dichiarazione delle parti:

« Et si incontinenti post haberetur pactum diceretur ex intervallo: et quando dicat absolutus contractus hic non potest determinari: quia in rebus que non habent fines designatos a natura designatione nostra recipiunt determinationem: et ideo quia contractus non habent fines designatos a natura. Ideo autem est absolutus a partibus designatione contrahentium dicitur perfectum »⁽⁹⁸⁾.

Nella concezione ultramontana, il contratto non è un ente passibile di una delimitazione autonoma; non un oggetto della realtà fenomenica, ma l'astrazione concettuale di un procedimento complesso, fatto di più atti. La statuizione delle parti costituisce, in questa prospettiva, l'unico criterio possibile per la determinazione del momento di conclusione del regolamento contrattuale. Laddove i glossatori leggono la struttura della dichiarazione delle parti nella lente offerta dal modello contrattuale, i *doctores moderni* procedono all'individuazione di quest'ultimo mediante l'analisi della concreta manifestazione di volontà resa dai soggetti interessati. Un mutamento di prospettiva ben descritto da Pierre de Belleperche:

⁽⁹⁸⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit., fol. 57 v. col. 2.

« dicunt doctores incontinenti accipimus antequam ad actum extrinsecum divertant. verbi gratia. vendidi tibi librum pro decem. consumato contractum ante quam tu moveas pedem convenit quod pro me ires Romam. Istud pactum dicitur incontinenti appositum. sed pone vendidi tibi librum. consumato contractu ivisti ad domum deinde redivimur et appono pactum quod vadas pro me Romam. et istud pactum dicunt doctores interpositum est ex intervallo » ⁽⁹⁹⁾.

Il giurista francese mette perfettamente in luce la visione dei glossatori, per cui il patto si dice aggiunto *incontinenti* sino a che le parti non si dedichino ad un *actum extrinsecum*, ossia alla trattazione di un negozio diverso. Una concezione che procede dall'idea che il contratto sia concluso nel momento in cui esso abbia i requisiti minimi per la sua iscrizione in un tipo. Il patto accessorio si giudica *incontinenti* ove sia stato concluso nell'immediatezza della conclusione di questa fattispecie; ove le parti, raggiunto il pieno accordo sugli elementi sostanziali, si riservino un maggior tempo per convenire sugli altri, questi si riconosceranno formare l'oggetto di un *pactum ex intervallo*.

Il criterio dell'atto estrinseco, per come proprio dei glossatori, presuppone quindi risolto il giudizio di appartenenza del contratto principale ad un tipo, da cui ricavare la norma circa il momento della sua conclusione. In questo carattere, tale concezione manifesta al *doctor modernus* tutta la sua insufficienza:

« dicunt scripta istud non est verum. si vendas michi librum et convenio quod ires pro me Romam. non dicitur incontinenti in quo id quod est appositum antequam ad actum extrinsecum divertant ex quo primus actus perfectus est modum vel conditionem non potest capere. si appositum fuit pactum tunc informaret primum contractum ut in § quinimo et imo dicemus quod non est appositum incontinenti » ⁽¹⁰⁰⁾.

Il patto con cui una parte di un negozio di compravendita promette all'altra di recarsi per conto suo in un dato luogo non viene giudicato dal giurista francese come *incontinenti* perché concluso prima che gli autori del contratto si siano dedicati ad altri affari. La

⁽⁹⁹⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, in *l. In bonae fidei C. de pactis*, fol. 87 rb.

⁽¹⁰⁰⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit.

perfezione o meno del regolamento originario deve essere misurata su un altro criterio: la possibilità da parte di questa determinata struttura contrattuale di ricevere al suo interno un *modus* o una condizione. In caso positivo, il patto aggiunto dovrà essere considerato come apposto *incontinenti*; in caso negativo, esso manifesterà l'intenzione di intervenire nuovamente su di un tessuto contrattuale già pienamente formato e autonomo e quindi l'accordo accessorio si riterrà posto in essere *ex intervallo*. Una distinzione che non può essere operata altrimenti che facendo ricorso all'analisi della concreta manifestazione di volontà dei contraenti ⁽¹⁰¹⁾.

Si ottiene in questo modo una concezione dei *pacta adiecta* completamente versata sul profilo funzionale, per cui il contratto principale si distingue dalla statuizione accessoria non sul criterio dato dalla maggior perfezione strutturale dell'uno rispetto all'altra, ma sulla cifra offerta dalla effettiva volontà delle parti, quale si è concretamente manifestata nella loro dichiarazione ⁽¹⁰²⁾.

(101) « dico istud dependi ex voluntate contrahentium. nam quaedam sunt que fines habent a natura certos ut equus [...] quaedam sunt que a natura non habent fines certos ut contractus et thema. tunc demum absolutus dicitur tamen [...] pactum apponit quod ires pro me Romam. cum primum pactum illud appositum fuit non autem antequam de eundo Romam conventum fuit. nam ex voluntate contrahentis istud dependi » PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. 87 va.

(102) Il che pone con maggiore urgenza rispetto alla concezione dei glossatori il problema del suo accertamento in concreto. È così che l'atto del rivolgersi *ad acta extrinseca*, rifiutato come criterio cogente per la distinzione dei *pacta adiecta*, viene recuperato come presunzione dell'*absolutio* del contratto principale. Taluni spunti in questo senso sono già presenti nel BELLEPERCHE (*in l. In bonae fidei*, cit. fol. 87 rb.), ma è soprattutto CINO DA PISTOIA a trarne i maggiori sviluppi, tentando di minimizzare la distanza che intercorre tra le tesi della GLOSSA e quelle del RÉVIGNY: « Verumtamen quando dicatur contractus absolutus, non potest determinari, sed hoc est de partium assignatione, quia non habet fines determinatos a natura, ut ff. de legatis primo lex prima quod in rerum, in fin. Ergo tunc cum constat de voluntate contrahentium dicitur actus finitus secundum dispositionem perficientis, sed ubi non constat expresse, oportet per coniecturas procedere [...] Et certe coniecturata voluntas satis apparet, ut antequam contrahentes divertant se ad actus extraneos, non habeantur contractus pro perfecto et absolutus, et hoc dicit preallegata lex haeredes palam § ultimum. conclude ergo quod iuris praesumptione glossa et Odofredus recte intelligunt pactum incontinenti fieri quod fit antequam divertant ad actus extraneos ». (*in l. In bonae fidei C. de pactis* n. 2, fol. 52 v. col. 2- 53 r. col. 1).

4.2. *L'unità funzionale della dichiarazione e la determinazione della struttura del contratto.*

L'abbandono della prospettiva strutturale propria dei glossatori produce delle conseguenze dogmatiche di notevole momento nell'elaborazione della materia dei *pacta adiecta*. Per i *doctores antiqui*, difatti, il patto rappresenta una realtà autonoma e indipendente sotto ogni profilo dal contratto cui accede. Ciò comporta che, nella loro visione, l'accordo possa essere considerato accessorio perché compiuto *anteriormente* o *posteriormente* alla conclusione del negozio principale.

Le dottrine ultramontane vanno in senso diverso:

« Azo dixit pactum quandoque habitum est incontinenti ante contractum: quandoque incontinenti post. Quandoque in ipso contractu: quod pactum sit in ipso contractu non videtur impossibile vendo tibi rem pro decem. De substantia contractus sunt res et precium: et plus non videtur impossibile quod in ipso contractu sit pactum: possem ponere exemplum quod pactum quandoque fit in contractum exhereditatio quandoque ante gradum quandoque post gradum quandoque inter gradus ut infra de liberis posthumis exheredandis lex prima. Sic diceremus quod pactum quandoque dicitur incontinenti ante contractum quandoque incontinenti post. quandoque inter ipsum contractum de contractu venditionis sunt res precium. Vendo tibi rem et convenio quod dabis mihi quinque et scribes mihi librum et dabis mihi alia quinque precium istud pactum est habitum inter ipsum contractum quia inter partes precii. » ⁽¹⁰³⁾.

La concezione funzionale della relazione di accessorietà rende possibile la configurazione di un patto che si aggiunge *in ipso contractu*, un accordo che interviene nella medesima procedura di conclusione del negozio principale. Una tesi inconcepibile all'interno del sistema dei glossatori. Per essi il patto con cui due parti di un contratto stipulano una prestazione accessoria deve essere sempre considerato come un'entità autonoma; se esso venga concluso contestualmente al regolamento principale, assumerà le caratteristiche del *pactum incontinenti*, ma non potrà in ogni caso essere visto come parte intrinseca del negozio. Nei *doctores antiqui* la valutazione del tipo ha precedenza su ogni altra questione: ogni volta che possa

⁽¹⁰³⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, *in l. In bonae fidei*, cit. fol. 57 v. col. 2.

dirsi concluso un contratto secondo gli elementi sostanziali dettati dalla fattispecie astratta, tutto ciò che le parti convengano per specificarne il disposto forma necessariamente oggetto di un atto autonomo e separato.

La tesi degli ultramontani, centrata sull'analisi della dichiarazione intesa come una realtà unitaria, rende indipendenti le questioni relative alla determinazione del tipo da quelle concernenti la struttura del contratto. In questi termini, nulla osta a riconoscere nella contemporaneità di genesi del negozio principale e del patto accessorio il segno di un'intrinseca unità funzionale. L'accordo preso ad esempio dal Révigny nel passo sopra citato verrebbe considerato dai glossatori come una realtà comunque esterna rispetto al tessuto normativo del contratto cui aderisce. Per il giurista francese, all'opposto, la posizione di un obbligo ulteriore per il compratore, stipulato contestualmente alla conclusione del contratto, si inserisce nel regolamento, diventando una parte del prezzo ⁽¹⁰⁴⁾.

Una costruzione che è pienamente consentanea al rifiuto che le dottrine ultramontane esprimono concordemente verso il *vestimentum* della *contractus cohaerentia*. Come abbiamo visto, esso si fonda sull'assunto che ogni azione è determinata da una e una sola *causa*, ossia dall'appartenenza dell'accordo fra le parti a una determinata *species contractus* o, come nel caso dei contratti innominati, all'intervento di un fatto qualificativo autonomo. Date queste premesse, non è possibile accettare la *contractus cohaerentia* dei glossatori, poiché occorrerebbe ammettere che da un solo fatto giuridico — la relazione fra contratto principale e patto accessorio — emergano due *causae* diverse, l'una che supporta la modificazione del tessuto dell'azione derivante dal contratto (*l'informatio actionis*), l'altra che

⁽¹⁰⁴⁾ La medesima concezione è in PIERRE DE BELLEPERCHE: « ...convenio quod ires pro me Romam et promitto tibi decem. istud pactum ante contractum dicitur appositum incontinenti. quandoque appositum incontinenti post contractum. volo dare tibi decem et convenio quod tu ires pro me Romam. quandoque in contractu apponitur pactum. vendo tibi rem pro quinque et dico sustine aliquantulum et volo ut ires pro me Romam et adhuc volo quod des mihi quinque. prima quinque et alia quinque sunt decem et certa sunt et contractus perficitur ex re et consensu et imo inter contractum reputatur pactum interpositum... » (loc. ult. cit.).

fonda il sorgere dell'azione *praescriptis verbis*, la cui tutela si estende al solo disposto del patto aggiunto.

Gli Ultramontani contestualizzano la critica a tale concezione centrando il proprio argomentare sulla natura di tutela sussidiaria dell'*actio praescriptis verbis*, rimedio che ricorre soltanto in assenza di un'azione ordinaria e che non può concorrere con quest'ultima:

« Parit ergo novam actionem pactum nudum appositum iuxta contractum vestitum et quod ego dico vestitum non capias me in verbis quia refero me ad doctores: quaero unde venit origo et nativitas huius nove actionis scilicet praescriptis verbis quam parit pactum nudum incontinenti appositum iuxta contractum vestitum. et ad hoc inquaerendum actio subsidiaria non competit secum ordinari. si ergo actio praescriptis verbis sit subsidiaria et competit ibi de facto aliarum actionum ergo non potest competere cum alia actione. quare cum ex pacto incontinenti apposito iuxta vestitum competit actio ordinaria ex illo contractu quia vetus informatur ergo non orietur praescriptis verbis. » (105).

Dato questo carattere, se ne deduce che ogni qual volta che l'intervento di un patto conduce alla mutazione del contenuto obbligatorio tipico del contratto cui aderisce non si può riconoscere anche la genesi di una parallela *actio praescriptis verbis*. La fattispecie che viene a generarsi dall'unione tra questi due atti normativi, difatti, trova già una piena tutela nell'azione derivante dal contratto principale, per come *informata* dal *pactum adiectum*. In questi termini, gli Ultramontani pongono una relazione di stretta alternatività tra due ipotesi distinte di *adiectio pacti*.

La prima si realizza allorché il contenuto del patto aggiunto non porta a delle modificazioni nel regolamento principale tali da condurlo fuori della *species contractus* cui appartiene:

« lex ista dicit quod ex pacto nudo apposito iuxta contractum nominatum oritur actio quae actio competit. hic videtur tantum ex contractu precedente. quaero. vendo tibi librum pro decem et convenio quod ires pro me Romam. quae actio oritur. videtur quod actio ex vendito » (106).

(105) JACQUES DE RÉVIGNY, *in l. In bonae fidei*, cit. fol. 58 v. col. 1.

(106) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. fol. 87 va.

In questo caso la fattispecie complessiva risulta perfettamente tutelata dall'azione tipicamente risultante dal contratto principale. Per il principio di sussidiarietà l'*actio praescriptis verbis* può insorgere solo nell'ipotesi contraria, nella quale l'intervento del patto porta ad ottenere una fattispecie che esula dai confini della *species* del contratto principale:

« si quaeratur numquid nova praescriptis verbis oriatur. distinguo. aut facta relatione ex contractu precedente ad pactum incontinenti potest resultare aliquis contractus innominatus do ut des [...] et tunc semper oritur nova praescriptis verbis actio aut facta relatione pacti ad precedentem contractum non resultat aliquis contractus innominatus et tunc nunquam oritur praescriptis verbis actio » ⁽¹⁰⁷⁾.

Nel momento in cui il disposto del patto accessorio si pone nei confronti del contenuto del contratto principale in una relazione tale da creare un'autonoma fattispecie *innominata*, questa non potrà più essere tutelata dall'azione derivante dal secondo e sorgerà pertanto la tutela sussidiaria e indipendente dell'*actio praescriptis verbis*.

Troviamo quindi conferma della centralità che la struttura della dichiarazione assume nella concezione ultramontana, come questione indipendente dalla determinazione del tipo contrattuale. I giuristi francesi non ricercano nella volontà manifestata dalle parti un determinato tipo strutturale per poi dedurre da ciò tutte le conseguenze derivanti dall'adesione di un successivo accordo, per come è proprio dei glossatori. Il loro atteggiamento interpretativo è radicalmente opposto: essi considerano l'unità della dichiarazione delle parti, per stabilire se essa possa ricadere o meno in una data *species contractus*. Se ciò accade, le posizioni soggettive delle parti saranno tutelate dall'azione che deriva dal tipo contrattuale cui la loro dichiarazione, comunque formata, sia riconducibile; se ciò non accade, la fattispecie complessiva ricade in un contratto innominato, e dà quindi luogo all'*actio praescriptis verbis*.

La diversità di prospettiva degli Ultramontani rispetto ai glossatori non potrebbe essere, sotto questo profilo, più evidente:

⁽¹⁰⁷⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. fol. 87 va.

« glossa dicit contra. ubi precedens contractus et sequens totum pro uno est tunc pactum nudum sequens parit praescriptis verbis actionem si vero secundum pactum est pro uno et primum pro alio tunc numquam parit praescriptis verbis actionem. exemplum promittis michi per stipulationem decem deinde convenio quod ires pro me Romam. hic utrumque pactum est pro me et imo parit actionem praescriptis verbis. sed si dico sic promittis mihi decem et tu dicis promitto per stipulationem et convenio quod ibo per te Romam quia secundum pactum fit ad utilitatem promissoris et primum ad utilitatem stipulatoris numquam parit praescriptis verbis actionem. ratio est stipulatio illa prima facta est et interposita in favorem meum. ergo non debet in laesionem meam redundare. »⁽¹⁰⁸⁾.

La visione strutturale della *Glossa* considera la *stipulatio* come contratto intrinsecamente unilaterale, dal quale deriva un vincolo posto ad esclusivo favore dello stipulante. Il patto nudo che dispone una prestazione accessoria per il soggetto obbligato nel contratto principale risulta vestito della *contractus cohaerentia* per l'omogeneità del proprio contenuto con quello tipico della *stipulatio*. In questi termini, l'accordo accessorio produrrà sia un effetto informativo dell'azione derivante dal contratto originario, sia un'autonoma *actio praescriptis verbis*. Il patto che, all'opposto, ponga un obbligo dello stipulante a favore del promittente, parte obbligata in via esclusiva dalla *stipulatio* originaria, non viene considerato qualificato

⁽¹⁰⁸⁾ PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. fol. 87 vb. Negli stessi termini si esprime JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.: « Glossa sic dicitur. si iuxta stipulationem precedentem habitum sit incontinenti pactum pro promittente non parit illud pactum actionem praescriptis verbis. Verbi gratia. stipulor a te et convenit incontinenti quod ego stipulor pro te promissore quod irem Romam. Ego dico contrarium. imo parit actio praescriptis verbis pro stipulatore iuxta stipulatio precedentem subiiciatur pactum pro stipulatore. dicit glossa quod tunc vestitur illud pactum incontinenti appositum et parit actionem. dico quod immo non parit actionem et quod in primo casu quando iuxta stipulationem precedentem interponitur incontinenti nudum pactum pro promissore. ut si promissisti dare decem et convenit incontinenti quod irem pro te Romam. quod hoc casu precedens stipulatio non vestiat istud pactum secundo appositum. Et quod actionem non pariat sic arguit glossa quod favore alicuius introductum est non debet redundare in eius lesionem...stipulatio etiam pro stipulatore et in favore stipulatoris interponitur ergo pactum quod esset in lesione stipulationis et illud pactum quod apponeretur pro promissore non vestiet stipulatio precedentens: nec ei praestabit efficaciam ubi praecedit stipulatio et apponatur pactum incontinenti pro promissore illud pactum non parit actionem. Glossa sic arguit et ego arguo in contrarium quod immo pariat actionem ».

della *cohaerentia contractus*: esso rimane quindi, per definizione, nudo e non potrà produrre alcun effetto.

In questo secondo caso il contenuto dell'accordo accessorio porterebbe a snaturare la *stipulatio* precedente, facendola diventare un contratto bilaterale. Una modifica che non può essere razionalizzata nello schema proprio dei glossatori, centrato sul fenomeno della mutazione della fattispecie da nominata a innominata, stante la disomogeneità tra la fattispecie originaria e quella astrattamente risultante dall'*adiectio pacti*. La *stipulatio* è, difatti, un contratto *iuris civilis*; in quanto tale, esso produce una tutela indipendente dalle particolarità del rapporto sostanziale intercorrente tra le parti. L'immediata cogenza dell'azione derivante dal contratto originario impedisce pertanto che l'obbligazione del promittente, contratta mediante la *stipulatio*, possa essere condizionata nella sua efficacia dall'adempimento del vincolo che lo stipulante contrae attraverso il patto nudo accessorio.

A tale ricostruzione delle vicende provocate dal *pactum adiectum*, pienamente conseguente alla concezione strutturale dei glossatori, gli Ultramontani oppongono la loro lezione, centrata sull'individuazione della funzione perseguita dalle parti con la loro manifestazione di volontà:

« ...ad argumentum glose respondeo. si tu mihi promittas decem per stipulationem et convenio quod ibo pro te Romam in casu isto parit actionem praescriptis verbis quia actus quod est contractus innominatus do ut vadas. contra. stipulatio fuit interposita favore mei ergo non debet in laesionem meam committi. Responde. verum est si id quod introductum est pro aliquo et totum completum non debet eius laesionem committi. sic intelligo lex allegata. quod favore. sed illa stipulatio tota completa non fiat pro me stipulatore non tale pactum ratione laesionis. primum pactum ad secundum potest efficiam capere. sic intelligo quod dixi. Iuxta hoc convenio quod in ista quaestione erraverunt doctores. dico ubi habita relatione ex contractu precedente ad pactum incontinenti sequens resultat aliquis contractus innominatus tunc habet locum praescriptis verbis actio » ⁽¹⁰⁹⁾.

Il giurista francese non guarda alla *stipulatio* nella sua sostanza di negozio tipico, ma la intende come parte di una dichiarazione più

(109) PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. fol. 87 vb.

ampia, che deve essere letta nella sua unità funzionale. All'interno dell'esempio proposto, il contratto formale non può essere interpretato come posto a favore di una sola parte, poiché esso non rileva nella sua minima realtà strutturale, bensì come parte di una più ampia manifestazione di volontà di cui occorre indagare la funzione. Le parti hanno così inteso obbligarsi reciprocamente a due prestazioni differenti, scegliendo di versarne una nel contesto della *stipulatio*, lasciando l'altra nel più sfumato ambito del nudo patto. Ciò che conta, tuttavia, non è la diversa struttura dei due atti che compongono la fattispecie, ma l'assetto funzionale del regolamento che ne risulta. Esso non è per gli Ultramontani il risultato della qualificazione del volere delle parti in una determinata tipologia contrattuale, ma l'oggetto sul quale estrinsecare il giudizio di attribuzione del tipo.

Se quindi i glossatori individuano con precedenza la struttura di contratto posta in essere dalle parti per dedurre da questo il complesso di obblighi che viene conseguentemente a crearsi tra loro, gli Ultramontani partono dalla descrizione di questi ultimi per porre poi il problema della qualificazione del loro momento genetico in una data tipologia contrattuale. La questione concernente la struttura del contratto si pone quindi attraverso una relazione opposta rispetto a quella che caratterizza le dottrine dei glossatori e conduce a risultati antitetici:

« ...sicut dixi praescriptis verbis oritur ubi potest haberi do ut des vel do ut facias sed et ubi in hereditate pro stipulatore pactum iuxta stipulationem precedentem ex relatione unius contractus ad alium non resultat modus contrahendi qui resultaret scilicet do et do ubi stipulor a te decem et convenit quod dares mihi equum vel sic convenit quod ires pro me Romam non resultat aliquis modus contrahendi immo do et facio » ⁽¹¹⁰⁾.

Secondo i *doctores antiqui* il patto aggiunto ad una *stipulatio* può essere tutelato a condizione che esso ponga un obbligo omogeneo per direzione a quello prodotto dal contratto principale. Per gli Ultramontani è valido il contrario: in un caso siffatto, mancando la reciprocità degli obblighi, non può risultare un contratto innomi-

⁽¹¹⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, in *l. In bonae fidei*, cit. fol. 58 r. col. 2.

nato e, pertanto, il patto accessorio rimarrà privo di tutela. L'individuazione della fattispecie strutturale del contratto è dunque una conseguenza dell'assetto funzionale di diritti e obblighi che le parti intendono creare con la loro dichiarazione.

L'interprete non è chiamato così a saggiare la sostanza tipologica di quanto disposto dalle parti, ma a verificare se questo può integrare un *modus contrahendi*. Concordemente ai principi guida delle dottrine ultramontane, esso si realizza allorché il regolamento pattuito tra le parti sia ascrivibile a una determinata *species* di contratto nominato oppure possa trovare efficacia nella presenza di una *causa*. L'attribuzione del tipo contrattuale opera come un limite di riconoscibilità di quanto disposto tra le parti:

« Unde ista non sunt modi contrahentium do et do et facio: sed do ut des do ut facias et isti modi resultant quando pactum incontinenti habitum est pro promissore. Verbi gratia. stipulor a te decem et convenit incontinenti ut dem tibi aliquid, vel quod eam pro te Romam. in isto casu ex relatione precedentis stipulationis ad pactum incontinenti appositum pro promissore resultat do ut des vel do ut facias: unde illa pacta dicuntur vestita quibus causa subest pactum est vestitum ei a quo causa procedit. ibi iuxta stipulationem est pactum ab ipso promissore aliquid procedit scilicet promissio que loco solutionis est. sic pactum vestitum est et non alii. » ⁽¹¹¹⁾.

Le dichiarazioni delle parti possono prospettare infiniti assetti funzionali, ma non tutti possono essere efficaci e azionabili, poiché solo taluni costituiscono delle fattispecie contrattuali. In questi termini la manifestazione con cui le parti intendono produrre soltanto l'obbligo di una verso l'altra deve essere provvista dei caratteri qualificanti una *species* di contratto nominato unilaterale, quale la stipulazione, il chirografo, il mutuo o altra fattispecie reale. Un successivo accordo fra le stesse parti può collegarsi funzionalmente a questo primo atto se costituisce un'obbligazione che procede in direzione opposta. In questo caso, difatti, il primo accordo si pone come *causa* del secondo, portando l'intera fattispecie nel campo degli *innominati contractus*. Nell'ipotesi opposta l'accordo posteriore obbliga la stessa parte vincolata in base al precedente: questo non può quindi essere *causa* del patto aggiunto che rimane pertanto

⁽¹¹¹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

privo di tutela, a meno che non risponda in proprio alle caratteristiche di una *species nominata*.

4.3. *Un nuovo schema di attribuzione del tipo contrattuale.*

L'inversione dei termini della relazione tra dato strutturale e assetto funzionale del contratto comporta quindi nelle dottrine ultramontane una fondamentale ridefinizione dello schema di attribuzione del tipo proprio dei glossatori. I *doctores antiqui*, come abbiamo visto, analizzano la dichiarazione delle parti individuando i singoli atti di cui questa si compone, considerati nella loro autonomia strutturale. Se in essa si possono riconoscere due fattispecie di patto *vestito*, ossia due accordi strutturalmente riconducibili ad un tipo determinato, queste saranno intese dall'interprete come fra di loro indipendenti. Ove al contrario si possa identificare una sola fattispecie tipica, la parte restante della dichiarazione sarà intesa come un patto nudo accessorio, di cui occorrerà verificare gli effetti a carico della precedente. La concorrenza tra due strutture autonome ma diverse di patto può condurre alla novazione parziale del contratto tipico da parte della statuizione accessoria o alla sua novazione totale a seconda che il patto nudo venga posto *incontinenti* o *ex intervallo* rispetto al momento di conclusione dell'accordo principale e in dipendenza dal fatto che la manifestazione successiva importi la modifica della *substantia* o della *natura* della precedente. Questa concezione fonda lo schema di definizione reciproca del tipo contrattuale fra i due poli opposti dei *nominati* e degli *innominati contractus*: ogni qual volta le parti modifichino il tessuto normativo di un modello appartenente alla prima classe, questo non può più essere descritto secondo l'originaria fattispecie strutturale, ma si trasferirà immediatamente nel secondo ambito, mutando di conseguenza il regime della tutela delle situazioni soggettive.

Le dottrine ultramontane si fondano sull'identificazione del tipo come conseguenza dell'analisi funzionale della totalità della dichiarazione delle parti. In questi termini, esse rifiutano di percepire all'interno di questa delle strutture autonome di negozio di cui valutare caso per caso la congruità reciproca:

« Sed quaeritur iuxta contractum venditionis promittit emptor venditori pro eo ire Romam. nunquid vestitur stipulatio apposita incontinenti

suppositum quod sic. Quidam dixerunt nisi iuxta contractum vestitum et pactum nudum adhereret et iungit se contractui vestito precedenti et vestitur ab eo. unde dixit Azo pactum nudum incontinenti appositum iuxta vestitum aperit oculos et respicit ante et retro et videt contractum vestitum ante se: currit ad eum ut recipiatur in variis et grisibus eius et vestitur ab eo. Sed certe ubi homo bene vestitus est iuxta bene vestitum ad quid mendicaret suffragia aliena. Unde dicunt quod stipulatio vestita subiecti contractui precedenti vestito ab eo non vestitur [...] Dico in ista actione praescriptis verbis orienda non considero ista persuasione sed que possit colligi ex relatione precedentis contractus ad alium do ut des vel do ut facias: et ideo cum possit colligi ubi iuxta contractum venditionis interponitur stipulatio pro venditore. dico quod oritur nova actio praescriptis verbis » (112).

Il Révigny prende qui in considerazione l'ipotesi delle parti di un contratto di compravendita che stabiliscono un obbligo accessorio non con un patto nudo, ma mediante una *stipulatio*. In questo caso, secondo lo schema ricostruttivo dei glossatori, si hanno due contratti pienamente autonomi dal punto di vista strutturale e quindi indipendenti sul piano funzionale. Il compratore, seguendo l'esempio qui proposto, sarebbe obbligato sulla base del primo atto a corrispondere il prezzo al venditore e sulla base del secondo ad intraprendere un viaggio per conto di questi. Nessuna relazione si instaura quindi tra questi due contratti, ciascuno pienamente valido e azionabile di per sé. La *stipulatio* non viene *vestita* dal contratto di compravendita, poiché non ne ha bisogno: non può quindi crearsi una azione *praescriptis verbis*, poiché ciascuna di queste due fattispecie riceve la sua autonoma tutela ordinaria.

Gli esiti cui giunge il *doctor modernus* sono antitetici. La relazione tra i due atti si pone sul profilo funzionale, poiché entrambi sono comunque riconducibili a un'unica dichiarazione fra le stesse parti. In questo senso, la *stipulatio* che dispone l'obbligo accessorio trova comunque la sua *causa* nell'atto che tratteggia il rapporto principale (113). Il rapporto di interdipendenza funzionale tra questi

(112) JACQUES DE RÉVIGNY, *in l. In bonae fidei*, cit. fol. 58 v. col. 1.

(113) Nell'impostazione dei glossatori, che escludono la relazione funzionale e il conseguente sorgere dell'azione *praescriptis verbis*, ove il primo contratto dovesse decadere per qualsiasi motivo, il secondo manterrebbe ovviamente tutta la sua coerenza

atti comporta così la nascita di un'*actio praescriptis verbis*, che si aggiunge alle azioni individualmente risultanti dai due contratti:

« Sed quaeritur. promisi per stipulationem mihi dare equum incontinenti sequitur stipulatio pro te promissore quod ego stipulator dabo tibi asinum. stipulatio secunda parit praescriptis verbis et ex stipulatu ad id quod deductum est in secunda stipulatio et competit praescriptis verbis ex relatione unius stipulationis ad aliam numquid competeret similiter praescriptis verbis et ex stipulatu ad id quod deductum est in stipulatione dicerem quod sic si essent eque principales, quia ordo stipulationis vel scripture spectandum non est. dico quod si ambe eque sint principales quia stipulatio habet quicquid habet pactum et ultra hoc habet solemnitatem verborum. unde sicut pactum relatum ad precium facit contractum do ut des sic stipulatio relata ad stipulationem ex isto contractu do ut des: oritur praescriptis verbis et ultra hoc iste stipulationes habent solemnitatem verborum propter quam competit ex stipulatu »⁽¹¹⁴⁾.

Nel momento in cui le parti convengono di costituire due obblighi reciproci attraverso due *stipulationes*, queste sono indipendenti fra loro sul profilo strutturale ma dipendono l'una dall'altra sul piano funzionale. La relazione che viene a crearsi fra il contenuto di questi due atti costituisce un contratto innominato e fa quindi sorgere l'azione *praescriptis verbis*, che si affianca alle tutele tipiche dei due contratti formali.

Ciò accade nel caso in cui la dichiarazione delle parti ponga in essere due contratti autonomamente azionabili. Allorché i due atti siano dotati di diversa valenza, come nel caso in cui un patto accessorio aderisce ad un contratto tipico, l'*actio praescriptis verbis* tutela il solo disposto non provvisto di azione autonoma:

« Sed quaeritur sicut praescriptis verbis competit ad illud quod deductum est in pacto incontinenti apposito. Verbi gratia vendo tibi rem et appono pactum incontinenti ut eas pro me Romam. sed numquid ad illud quod deducitur in primum contractum ut des mihi precium dico quod non quia precedens contractus est causa sufficiens ad illud quod deducitur in nudum pactum et non e converso, ut si vendo tibi rem et trado et pactum nudum apponitur ut eas pro me Romam ratio est quod pactum de eundo

tra le parti. Nella costruzione ultramontana, al contrario, venendo meno il primo titolo viene meno anche il secondo.

(114) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

pro me interponitur sed numquid ille qui promisit ire potest agere ad rem praescriptis verbis. certe si promississem per stipulationem videtur quod posset »⁽¹¹⁵⁾.

Troviamo qui confermato l'assunto principale degli Ultramontani: l'indipendenza tra l'individuazione del contratto in senso strutturale rispetto alla valutazione concernente l'assetto funzionale del regolamento obbligatorio disposto dalle parti. L'interprete è così chiamato ad analizzare la dichiarazione di due soggetti onde verificare con precedenza su ogni altra questione la natura e la direzione dei rapporti di obbligazione che essi intendono creare. In via successiva, esso deve verificare la completezza strutturale degli atti cui ogni vincolo è riferibile, accertando se essi integrino autonome *species contractus*. Sul primo di questi due profili si stabilisce se la manifestazione di volontà delle parti tenda a costituire un vincolo unilaterale o un rapporto bilaterale. In questo secondo caso sorgerà comunque un'*actio praescriptis verbis*, che tutela la relazione funzionale tra le prestazioni cui le parti si obbligano vicendevolmente. Sul secondo profilo l'interprete valuta se entrambe le fattispecie di cui la dichiarazione si compone, in virtù del loro grado di perfezione strutturale, siano di eguale valenza nel fondare il regolamento predisposto delle parti o se una sia preminente sull'altra. Nel primo caso ciascun atto è *causa* dell'altro; nel secondo l'*actio praescriptis verbis* tutelerà solo il contenuto dell'atto inferiore, che trae la sua *causa* dalla fattispecie di maggiore completezza⁽¹¹⁶⁾.

La separazione tra la valutazione strutturale e quella funzionale della fattispecie conduce a un mutamento radicale delle regole di attribuzione del tipo:

« Sed quaeritur convenio tecum quod habeas codicem meum qui valet sexaginta et convenio quod ibis pro me Romam quis contractus iudicabitur

⁽¹¹⁵⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

⁽¹¹⁶⁾ Una relazione il cui instaurarsi prescinde dall'ordine cronologico di conclusione delle diverse fattispecie di cui si compone la dichiarazione delle parti: « Dico sive pactum nudum sequitur contractum nominatum sive contractum aliud nudum pactum neuter potest agere antequam contractu implevit quicquid scripta dicunt nam haec est natura praescriptis verbis actionis quod non potest agi nisi ex parte eius qui ad plenum contractum implevit. ». PIERRE DE BELLEPERCHE, loc. ult. cit. fol. 88 va.

nunquid venditio vel conventio innominata. Dico quod iudicandum est ex eo quod praevallet natura venditionis ex pacto consistit natura contractus innominati ex facto vel datione qua reus habet precium respicit venditionem quatenus habet facti innominatum contractum. vel dicit si quis habet utrumque sexum debet iudicari per sexum quod prevalet. sic dico in proposito quod iudicabitur contractus pro eo quod prevalet. si illud pactum est dignum magna estimatione vadit usque ad Romam erit innominatus contractus et erit locus penitentie si non erat illud factum dignum magna estimatione non vadit nisi usque ad iargolium tunc iudicabitur venditio. » (117).

Il Rèvigny pone in questo passo un quesito che non avrebbe avuto alcun significato presso i glossatori. Per questi il tipo contrattuale viene identificato, come abbiamo visto più volte, dalla natura delle singole prestazioni che ne formano oggetto, valutate in astratto. In questo senso, la compravendita è quel contratto in cui una parte si obbliga ad un *tradere* e l'altra ad un *dare*, unico assetto funzionale che può essere contenuto nella tipologia nominata del contratto di scambio. L'accordo con cui una parte si obbliga a dare un bene all'altra, che contestualmente si impegna a compiere un'azione per conto della prima è pacificamente un contratto innominato della specie *do ut facias* e non potrebbe mai essere apparentato alla compravendita.

Per il giurista francese, al contrario, esso è una realtà di cui indagare in concreto la funzione, secondo il disposto delle parti. Se nell'economia della loro dichiarazione la *datio rei* assume un maggior valore della prestazione in *facere*, il contratto è una compravendita, in caso contrario dovrà essere inteso come un contratto innominato. Il profilo funzionale guida quindi l'attribuzione del regolamento ad una data *species contractus*, così come determina ogni sua modifica. Si consuma così la rivoluzione sistematica degli Ultramontani: leggere la vicenda del contratto subordinando ogni dato alla prospettiva funzionale.

Una questione sopra tutte può darci la dimensione di questo fenomeno. Procedendo dalla concezione strutturale dei glossatori, ove ad un contratto azionabile segua fra le stesse parti una serie di accordi volti ad integrarne o modificarne il contenuto, solo il primo

(117) JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit., col. 2.

fra questi può essere inteso apposto *incontinenti*, mentre i successivi saranno ritenuti tutti *ex intervallo*. In questo senso, essi, ove coinvolgano la *substantia* del contratto originario, porterebbero alla caducazione di questo e alla sua sostituzione con un nuovo negozio ⁽¹¹⁸⁾.

Gli Ultramontani sovvertono radicalmente questa impostazione:

« Dico contrarium quod secundum eum etiam si non est digressum ad extraneum actum pactum et tertium et quartum licet primum pactum sit medium videretur esse incontinenti... Distinguo aut pactum habitum tertio loco habetur pro eodem pro quo est secundum aut non habetur pro eodem. si non pro eodem. Vendo tibi librum et convenio secundo quod ibis pro me Romam. et convenio tertio quod ego faciam tibi foveam tunc tertium pactum non informat veterem et nascitur nova praescriptis verbis. Si pactum primum et secundum sunt pro eodem distingo aut possunt cadere in eundem contractum aut non. si possunt non nascitur nova praescriptis verbis Et tertio et informatur vetus ex vendito. » ⁽¹¹⁹⁾.

Ad una razionalizzazione della novazione totale del contratto basata su un concetto, quale quello di *substantia contractus*, che può essere individuato solo una volta che la fattispecie sia stata attribuita ad un tipo, il giurista francese oppone una cospezione diversa, tutta fondata sull'assetto funzionale risultante dalla dichiarazione delle parti. Per essa, ogni patto intervenuto successivamente per modificare il contenuto dispositivo del contratto in modo omogeneo alla

⁽¹¹⁸⁾ « Sed quaeritur ex secundo pacto incontinenti appposito oritur praescriptis verbis. Pone exempla. illud pactum secundum ponitur tertium pactum incontinenti numquid parit novam actionem praescriptis verbis et informabit veterem praescriptis verbis que oritur ex secundo pacto et veterem ex vendito quae oritur ex contractu venditionis et sic de quarto et quinto. et sic in infinitum: ut si vendo tibi equum et incontinenti appono pactum. Secundo quod eas pro me Romam. Deinde tertio quod tu des mihi quinque et sic ultra etiam in infinitum dico quod quaecumque sint pacta informat veterem ex primo contractu. glossa alibi dicit contrarium. Dicit quod primum pactum nudum appositum iuxta principale contractum venditionis est iuxta contractum venditionis. Sed tertium pactum et quartum non sunt iuxta contractum principale venditionis: quia primum iuxtam quartum pactum est medium: et imo secundum pactum et tertium: et sic de aliis informant veterem. » JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit., fol. 58 v. col. 2- 59 r. col. 1.

⁽¹¹⁹⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

sua struttura originaria è da giudicarsi compiuto *incontinenti* e si integra nel regolamento principale:

« Verbi gratia. Vendidi tibi librum convenit primo quod dabis mihi equum. Secundo quod dabis mihi asinum. Tertio quod dares mihi aliud possunt cadere in eundem contractum quia omnes sunt dationes et sic ex relatione principali contractus venditionis ad omnia ista pacta idem contractus do ut des. Si non possum cadere in eundem contractum. vendidi tibi librum incontinenti convenit quod mihi faceres foveam tertio quod dares mihi equum non possunt cadere in eundem contractum primum pactum et ultimum: quia ibi est factio et datio. Unde ex tertio pacto nascitur praescriptis verbis nova et informat vetus ex contractu principalis venditionis. » ⁽¹²⁰⁾.

In questi termini, ove con un patto successivo le parti conven-gano di modificare l'oggetto di un contratto di compravendita, questo non viene a cadere e a essere sostituito da un nuovo regola-mento. Il patto successivo, in questo caso, « *cadit in eundem con-tractum* », non produce dal punto di vista funzionale un *vulnus* insanabile nel tessuto precedente, ma ne viene, al contrario, assimi-lato. Ciò accade allorquando il patto successivo sia fatto per aggiun-gere una prestazione diversa alla fattispecie principale, come nel caso in cui una delle parti della compravendita si obblighi ad un *facere*. In questo caso si crea un assetto funzionale tale da non poter più essere compreso all'interno della *species* del contratto originario: i due atti costituiranno pertanto una nuova fattispecie, di cui occor-rerà accertare il tipo.

⁽¹²⁰⁾ JACQUES DE RÉVIGNY, loc. ult. cit.

INDICE ANALITICO

- Acceptilatio, 129, 142, 152
- Actio
- de dolo, 283-286, 304-306
 - empti, 234, 241, 246, 257, 279, 290
 - praescriptis verbis, 108, 113, 115, 139, 177, 266, 272, 280, 283, 286, 304, 399
 - — ad interesse, 273, 275
 - — per la tutela dall'evizione, 279-280
 - venditi, 240
- Actus legitimi, 60
- Aequitas pacti, v. Pactum, definizione.
- Arbitrium, 28
- Astuti G., 2, 4, 12, 22, 66, 100
- Auxilium legis, v. Vestimentum legis auxilium
- Azone
- Glosse al Digestum vetus
 - — de pactis
 - — — l. Huius edicti,
 - — — — « Duorum », 35
 - — — — « Generale », 49
 - — — — « Naturalis », 29
 - — — — « Placitum consensus », 26
 - Lectura Codicis
 - — de pactis, 42-43, 160
 - — — l. Conditionis incertum, 52-53
 - — — l. In bonae fidei, 137, 140-141, 335
 - — — l. Legem, 132
 - — — l. Pacta novissima, 131, 154-155
 - Summa Codicis
 - — de actionibus empti et venditi, 237-238, 240
 - — de commodato, 328-329
 - — de condictione ob causam dato-
- rum, 277, 290, 292-293, 295, 298-299, 301-302, 305, 331-332
 - — de dotis promissione et nuda pollicitatione, 37, 160
 - — de inutilibus stipulationibus, 63
 - — de locato et conducto, 319
 - — de pactis, 35, 37, 48, 72-73, 78, 86-87, 91-92, 131-139, 142-143, 154, 159, 162, 182
 - — de pactis inter emptorem et venditorem compositis, 334-336
 - — depositi, 330
 - — de rerum permutatione et praescriptis verbis actione, 269, 273-274, 277, 281, 283
 - — de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, 217, 220-222
 - — quando liceat ab emptione recedere, 294
 - — si certum petatur, 253-255, 273, 276, 322, 324-325
- Bartolo da Sassoferrato, 466
- Baud J.P., 22
- Beduschi C., 264
- Bellini P., 19
- Bellomo M., 88
- Belloni A., 197
- Benedetti G., 45-46
- Betti E., 7, 203, 295
- Birocchi I., 3, 4, 10, 102, 121, 124, 126, 136, 137, 359
- Bobbio N., 32
- Bona fides, 22
- Brachylogus iuris civilis, 107
- Brugi B., 25
- Calasso F., 2, 11, 22-24, 27, 59, 101, 295

Cannata C.A., 2

Capacità

- ad obbligarsi *naturaliter e civiliter*, 71, 170
- concezione medievale e moderna, 74, 171.
- derivante dallo *ius*, 69, 72
- naturale, 68, 72

Cappellini P., 10, 19

Causa

- condizione di validità del *pactum*, 75, 83
- definizione nel *nomen contractus*, 402
- elemento strutturale del contratto innominato, 289-291, 293
- *expressa*, 301
- *finalis*, 295, 300, 303
- *impulsiva*, 295, 298-299, 302-303
- irrilevanza nella determinazione del tipo contrattuale, 313-314
- rapporti con la nozione moderna, 296-298
- *stipulationis*, 310 ss.
- *tacita*, 301-302

Causae obligationum, 2, 109, 123, 133, 158

Cazzetta G., 19

Certitudo

- concezione degli Ultramontani, 454 ss., 467-468
- del contenuto obbligatorio del contratto, 271 -273, 276
- della prestazione in *dandum*, 223, 228-230, 239, 256, 273, 275, 455
- della prestazione in *facendum*, 229, 231, 254, 453
- della prestazione in *tradendum*, 222, 230, 238, 256-257, 274, 456
- fattore di tipicità del contratto, 273-278, 313-315
- nozione, 227, 250-254, 257, 259-260, 264

Chevrier G., 9, 102, 147

Chirographum, 173, 194, 382

Cino da Pistoia

— *Lectura Codicis*

— — *de pactis*

- — — *l. Legem*, 345, 347, 357, 359, 398, 401, 405
- — — *l. Pacta quae contra*, 418-421, 430-431
- — *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur*, 461, 463-467, 469, 477

Comodato, 328-329

Compravendita

- alla prestazione alternativa in *id quod interest*, 200, 209, 218-219, 236, 240, 246, 258
- conclusione, 265, 267
- differenze con la permuta, 265-266, 268, 278-279, 291, 314-316
- obbligo alla tradizione della cosa, 198-200, 236, 238
- obbligo al pagamento del prezzo, 240, 244

Condictio

- *causa data causa non secuta*, 142, 251, 266, 280, 289-290, 304
- *certi*, 248, 253
- — *ad interesse*, 255
- *ex lege*, 176, 245, 428
- *incerti*, 251
- *indebiti*, 251

Confirmatio a lege, v. *Vestimentum*, *confirmatio a lege*

Conrat M., 121

Consensus

- in *idem* consentire, 30 n. 19, 48, 51.
- in *unum* colligere, 34
- *placitus*, 25 n. 9, 33

Constitutum debiti, 158, 160, 173, 175

Contratti

- *certi*, 215, 220, 226-228, 232, 258, 260
- *incerti*, 213, 221, 226-227, 229, 233, 259, 261, 272, 458 ss.
- *innominati*
- — concezione del tardo diritto romano, 22

- — do ut des, 275-277, 284, 291
- — do ut facias, 282, 286 n. 42, 301 n. 66
- — facio ut des, 283-287, 306
- — facio ut facias, 287 n. 44, 306
- — rilevanza del fatto concludente della datio vel factum, 108, 304-305
- — struttura di tutela, 280 ss.
- nominati
- — formali, 173-174, 194, 382
- — in generale, 187
- — iuris civilis, 178, 190, 380 ss., 426-429
- — iuris gentium, 180 ss., 190, 431-433, 436-440
- Conventio
- concetto più generale rispetto al pactum, 50
- iurisgentium, 181 ss.
- legitima, 168, 172 ss., 387 ss.
- nozione, 47
- Cortese E., 26, 91, 101-102, 295
- Delegatio, 152
- De Nova G., 7, 8
- Deposito, 329 ss.
- Dichiarazione
- difficoltà definitorie dei glossatori, 38
- invalida, 148
- unilaterale, 34 ss.
- Di Giovanni F., 7
- Dilcher H., 3, 107, 110, 115, 121-122, 125-126, 133, 162, 167, 199
- Dino da Mugello, 447, 449-450, 460
- Dissensiones dominorum, 198-201
- Dolo
- ab initio e ex postfacto, 94, 216
- concezione soggettiva, 91
- differenza con la fraus legis, 90-93
- dolo del terzo, 95
- incidente, 95
- nozione oggettiva, 89
- principale, 94, 96
- regime della tutela nei contratti *bonae fidei*, 95
- rilevanza nei contratti *stricti iuris*, 96
- Donazione
- come contratto privo di nomen specifico, 140, 390
- come species contractus, 374, 377
- obbligo della traditio rei, 159, 240, 245
- propter nuptias, 179
- riforma giustiniana, 23 n. 3, 159
- Donisi C., 46
- Dote, 101 e n. 29, 102, 158, 160
- Enfiteusi, 175 ss. 384
- Epitome exactis regibus, 121-122
- Errera A., 24
- Exceptio
- non numeratae pecuniae, 172
- taciti pacti, 41, 44.
- Exceptiones Petri, 107
- Fides, 17
- Filanti G., 59
- Forma actionis, 140, 143
- Forma contractus, 124, 434-435
- Furiosus, 68, 72
- Fraus legis, 90-91, 93
- Giovanni Bassiano, 53, 205
- Glossa Magna
- al Codex
- — tit. de pactis
- — — l. Conditionis incertum
- — — — « te filio », 53
- — — l. Legem
- — — — « convenit », 163
- — — l. Pacta quae contra leges
- — — — « contra bonos mores », 63, 64
- — — l. Traditionibus
- — — — « non nudis », 149, 344
- — tit. de rerum permutatione et praescriptis verbis actione
- — — l. Ex placito
- — — — « subiecta », 308-309
- — — l. Cum precibus
- — — — « servetur », 275
- — — l. Si cum patruus
- — — — « Postulabis », 314

- — tit. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur
- — — l. Cum pro eo
- — — — Casus, 225-226, 230
- — — — « contractibus », 227-228
- — — — « damnum », 229
- — — — « dupli », 224, 226
- — — — « in aliis autem casibus », 229, 231
- al Digestum Infortiatum
- — tit. de operis libertorum
- — — l. Ut iurisiurandi
- — — — « sive post tempus », 165
- al Digestum Novum
- — tit. de actionibus et obligationibus
- — — l. Consensu
- — — — « consentire », 188, 320
- — tit. de doli mali et metus exceptione
- — — l. Palam autem
- — — — « nocebit », 310
- — — — « sine causa », 311-312
- — tit. de regulis iuris
- — — l. Cum amplius
- — — — « is natura », 181
- — — l. Nihil tam naturale
- — — — « verbis », 350
- — tit. de verborum obligationibus
- — — l. Ubi autem non apparet
- — — — « certi esse », 256
- al Digestum Vetus
- — tit. de actionibus empti et venditi
- — — l. Si res vendita
- — — — « agitur », 241-243
- — — — « intersit », 218
- — tit. de aedilicio edicto
- — — l. Sciendum
- — — — « ad sponionem », 39
- — — — « pollicitationem », 38
- — — — « promissionem », 39
- — tit. de conditione causa data causa non secuta
- — — « sed cum liceat », 292
- — — l. Dedi tibi (I)
- — — — « condictio cessat », 302
- — — l. Dedi tibi (II)
- — — — « dares », 278
- — — — « non liberaris », 305
- — — — « proclivior », 278
- — — l. Si pecuniam
- — tit. de conditione indebiti
- — — l. Nunc videndum
- — — — « nunc videndum », 173
- — tit. de contrahenda emptione et venditione
- — — l. Pacta conventa
- — — — « nova emptio », 337
- — tit. de dolo malo
- — — l. Et eleganter
- — — — « nullam », 95
- — — — « sed in hoc ipso », 94, 95, 96
- — tit. de iustitia et iure
- — — l. Ex hoc iuregentium
- — — — « obligationes », 170
- — — — « quibusdam », 169, 174
- — tit. de pactis
- — — l. Huius edicti
- — — — « causa », 311
- — — — « duorum », 35, 38
- — — — « huius edicti », 29, 180
- — — — « pactum », 31
- — — — « Placitum et consensus », 26
- — — — « transigendique », 48
- — — l. Iurisgentium
- — — — « ex continenti », 137
- — — — « facias », 185-187
- — — — « igitur », 147-148, 162, 164
- — — — « in suo nomine », 189
- — — l. Legitima
- — — — « legitima », 166, 174
- — — — « quinimo », 134, 139, 165
- — — — « sed si fraudandi », 93
- — — l. Si unus
- — — — « inutilis fuit », 355
- — — — « ipso iure », 156
- — tit. de praescriptis verbis
- — — l. Naturalis

- — — — « at cum do », 321
- — — — « de dolo », 282 n. 38
- — — — « in qua actione », 275, 280
- — — — « periculo meo », 282
- — — — « quod si faciam », 285
- — — — « si res », 319
- — tit. de rebus creditis et si certum petatur
 - — — l. Bene est
 - — — — « in creditum », 317
 - — — l. Certi conditio
 - — — — « certum petitur », 257
 - — — — « ex certo », 258-259
 - — — l. Mutuum damus
 - — — — « in creditum », 323-325
 - — — — « speciem », 323
 - — — tit. de rei vindicatione
 - — — l. Qui restituere
 - — — — « condemnandus est », 246
 - — — tit. de rerum permutatione
 - — — l. Sicut aliud
 - — — — « ideo Paedius », 274
 - — — — « nomen suum habent », 187
 - all'Authenticum
 - — tit. ut sponsalitia largitas
 - — — « sponsalitam largitatem », 179
 - alle Istituzioni
 - — tit. de actionibus
 - — — « iure civili », 175
 - — tit. de locationibus et conductionibus
 - — — « propriam », 176-177
 - — tit. de literarum obligationibus
 - — — « dum quaeri non », 172
 - — — « obligetur », 172
 - — tit. de obligationibus
 - — — « necessitate », 192
- Gorla G., 3
- Gouron A., 26
- Grossi P., 19, 318
- Guillaume de Cunh, 347, 399
- Id quod interest v. Interesse
- Indebito, 173
- Interesse
 - circa rem e extra rem, 206, 211, 225 n. 59, 232, 233 n. 73, 271, 464
 - come aestimatio damni, 445
 - come utilitas singularis, 452 ss., 462-463
 - commune, 217-218, 224, 247, 458
 - conventum, 217, 224
 - derivante da fattispecie certa, 215, 220, 226-227, 232
 - derivante da fattispecie incerta, 213, 215, 221, 226-227, 233
 - differenza con il prezzo della cosa, 217, 225, 448
 - ex convenzione, 212 e n. 37,
 - ex natura actionis, 209, 212
 - ex natura contractus, 209-210, 216
 - ex delicto, 212 n. 35, 214
 - ex negotio, 214
 - ex officio iudicis, 210
 - in condemnatione, 449
 - in damno, 212
 - in lucro, 212, 220 n. 48
 - in obligatione, 454-455
 - intrinsecum e extrinsecum, 465
 - loco poenae, 207
 - loco rei, 207-208
 - nei contratti stricti iuris, 210
 - nozione giustiniana, 203-204
 - singulare, 218-220, 225, 234, 247, 447-451
 - struttura nei contratti bonae fidei, 208 ss., 247
 - ratione temporis e loci, 211
- Jacques de Révigny,
 - Lectura Codicis
 - — tit. de pactis
 - — — l. In bonae fidei, 399, 473-475, 478, 480, 482, 484-485, 487-492.
 - — — l. Legem, 343, 346-348, 358-359, 361, 364-365, 367-369, 376-377, 380-384, 392, 394, 396-397, 404

- — — l. Pacta novissima, 156, 412-416
- — tit. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, 443-454, 456-459
- Lectura Digesti veteris
- — tit. de pactis
- — — l. Iurisgentium, 372-376, 387-391, 397
- — — l. Si unus, 426, 432-433
- — tit. de rebus creditis et si certum petatur
- — — l. Lecta, 352-353
- Kantorowicz H., 60, 121, 205
- Karsten C., 4, 10
- Kuhlen L., 264
- Le Bras G., 102
- Leenen D., 264
- Locazione, 282, 319 ss., 327
- Loschiavo L., 25, 30
- Magdelain A., 5
- Mariconda V., 59
- Meijers E. M., 311-312
- Messineo F., 7, 23, 51
- Mutuo, 322 ss., 431
- Natura contractus, v. Pactum adiectum de natura
- Nomen contractus
- concezione funzionale degli Ultramontani, 389-391, 400-403, 434
- espressione della struttura obbligatoria del contratto, 271 ss.
- generale, 107, 110-111, 146, 151, 183, 188-189
- indice del grado di certitudo della fattispecie, 254
- momento di determinazione del contenuto dell'azione, 112, 140, 188-189, 264
- nelle fattispecie individuate dallo *ius gentium*, 186
- relazione con il *vestmentum*, 134-135, 185-186, 194
- segno identificativo del regime di conclusione del contratto, 266
- speciale, 108, 111-113, 123, 125, 146, 182-183
- Nudo patto
- accordo non tutelato, 107, 132, 147, 346
- astrazione del nucleo consensuale del contratto, 347 ss.
- come patto sprovvisto di *traditio*, 149, 342-345, 394
- concezione funzionale, 354 ss., 373
- ipotesi produttive di azione, 158
- manifestazione priva di elementi formali, 122, 147 n. 3, 223
- vizio della dichiarazione, 148, 345-346, 349, 351-352
- Obligatio
- *civilis*, 153 ss., 413 ss., 420-423
- *naturalis*, 150, 153, 410, 417-418
- teoria delle due radici obligationis, 192
- Odofredo
- commento al Codex
- — tit. de pactis
- — — l. Conditionis incertum, 53
- — — l. In bonae fidei, 116, 137, 139-141, 333-334, 337-338
- — — l. Legem, 167, 343, 347-351, 360-361, 363
- — — l. Pacta novissima, 154-155, 410-411
- — tit. de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur
- — — l. Cum pro eo, 225-226, 232-234
- commento al Digestum Vetus
- — tit. de actionibus empti et venditi
- — — l. Si res vendita, 243, 246-247
- — tit. de pactis
- — — l. Conventionum autem tres, 183
- — — l. Huius edicti, 29, 31, 49, 50, 58
- — — l. Iurisgentium, 116, 137, 188-189, 334
- — tit. si certum petatur

- — — l. Bene est, 259
- — — l. Certi conductio, 260-261
- Ostiense, 359 n. 28
- Otte G., 24, 314
- Palmieri G. B., 28, 198
- Patto
 - accessorium, 112, 114, 183
 - adiectum
 - — de natura, 116-117, 336
 - — de substantia, 114-116, 128, 333-335, 491
 - — effetto attivo autonomo, 113, 141, 143-144, 482
 - — effetto estintivo dell'azione del contratto originario, 117, 125
 - — effetto informativo, 112, 115, 140, 143, 480 ss.
 - — ex intervallo, 116, 127, 138, 338, 475-477
 - — extra naturam, 117, 339
 - — incontinenti, 116, 122, 128, 137 n. 81, 338, 397-398, 473-474, 478
 - caratteristiche
 - — bilateralità, 35, 40
 - — bilanciamento degli interessi delle parti, 36
 - — capacità dispositiva di situazioni giuridiche, 47 ss.
 - — obbligatorietà, 54
 - cause di invalidità
 - — miste, 80 ss.
 - — — atti di mala fede, v. Dolo e Fraus.
 - — — illiceità dell'intera fattispecie, 86
 - — — inesistenza della causa, 83
 - — — metus, 89, 92, 94
 - — oggettive, 74 ss., 89
 - — — illiceità o impossibilità della prestazione, 75
 - — — illiceità dell'oggetto materiale, 77, 92
 - — soggettive, 68
 - — — difetto relativo di legittimazione, 72
 - — — incapacità assoluta, 69
 - concezione del diritto romano classico, 1 ss.
 - conclusione
 - — conclusione tacita, 40 ss., 110, 297 n. 62
 - — irrilevanza del procedimento di formazione, 46, 58
 - — rilevanza delle dichiarazioni unilaterali, 34 ss.
 - definizione, 25 ss.
 - — etimologia dei glossatori, 31 n. 24
 - — fatto normativo, 31
 - — oggetto di valutazione *in iure*, 66 ss., 99, 105
 - — sostanza equitativa, 27, 35-36, 57, 64
 - de non petendo, 118, 151 ss., 172, 408 ss., 412 ss., 434
 - de repetendo, 156 n. 19, 409
 - effetti, 106
 - — classificazione, 107, 117, 119, 131, 142
 - — estinzione della tutela della controparte, 120, 133, 143,
 - — produzione dell'azione, 108, 132, 144, 481-483
 - — — ipso iure, 152
 - — — ope exceptionis, 118, 151
 - indutum, 121, 123-126
 - iurisgentium, 110, 112
 - nudum, v. Nudo patto
 - praeter legem, 62-63
 - secundum vel contra legem, 59, 61
 - utile, 66, 67, 99
 - — ad defendendum, 107, 118
 - — vestitum, v. Vestimenta pactorum.
 - Paradisi B., 24, 25
 - Permuta, 185, 266, 268-271, 275-277, 292
 - Piacentino
 - Summa Codicis
 - — de pactis, 27-28, 31-33, 35, 63-64, 70-71, 74, 82, 84, 87, 89, 119-121, 123-129, 163

- — de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur, 214, 215
- Summa de actionum varietatibus
- — quid sit condicere et quot modis condicatur, 249-252
- Pierre de Belleperche
- Lectura Codicis
- — tit. de pactis
- — — l. In bonae fidei, 476-477, 479-483, 489
- — — l. Legem, 345, 355-356, 366, 398, 401-402, 405
- — — l. Pacta novissima, 401-403
- — — Rubrica, 418-422, 425, 434-439
- Repetitiones super Digestum vetus
- — tit. de actionibus empti et venditi
- — — l. Si res vendita, 460-468
- Pillio da Medicina, 197, 201-202
- Poenitentia, v. Recesso
- Pollicitatio, 34, 36 ss., 45, 148
- Precarium, 329 n. 102
- Promissio, 38-39, 58, 75, 88
- Prosperetti M., 67
- Pugliatti S., 74
- Pupillo, 69, 71
- Quaestiones de iuris subtilitatibus, 26, 59, 65
- Quaestiones dominorum bononiensium, 198
- Recesso
- condizione della res integra, 294
- nei contratti innominati, 290-293
- nel deposito, 331-332
- Rei vindicatio,
- diretta, 239
- utilis, 177
- Repgen T., 199, 201
- Replicatio, 120, 155
- Retentio, 127, 150
- Riccobono S., 22
- Rinuncia al giudizio, 43
- Rogerio
- Summa Codicis
- — de actionibus empti et venditi, 235-236
- — de condicione ob causam datorum, 289-290
- — de contrahenda emptione et venditione, 265-266
- — de interesse, 205, 272
- — de pactis, 28, 30, 32, 34, 41-42, 61, 69-70, 74, 78, 81-82, 89, 110-111, 114-118, 152
- — de praescriptis verbis, 272
- — de rebus creditis et si certum petatur, 249-250
- — de rerum permutatione, 266
- Enodationes quaestionum super Codice, 60
- Sacco R., 7, 8, 45, 67
- Schlossman S., 74
- Schluep W. R., 8
- Scognamiglio R., 51
- Seuffert L., 9
- Sollemnitas, 121-123, 129, 174, 348
- Söllner A., 23, 101, 166
- Solutio, 152
- Sordi B., 19
- Species contractus, 374 ss.
- determinazione da parte della lex, 385-386
- differenza con i vestimenta pactorum, 377
- identificazione con il nomen contractus, 401
- individuazione attraverso il fatto concludente della traditio rei, 392 ss.
- in relazione con la certitudo del regolamento, 455 ss.
- qualificazione delle fattispecie complesse, 486 ss.
- rapporto con il patto accessorio, 480-481
- strumento definitorio delle fattispecie iuris civilis, 383-384
- Sponsalitia largitas, 179, 384
- Stipulatio
- come contratto iuris civilis, 174, 194
- concezione del diritto romano, 22
- tutela, 175

- — inter absentes, 148
- Substantia contractus, v. Pactum adiectum de substantia
- Summa Berolinensis, 25, 30
- Summa Trecensis,
 - de contrahenda emptione et venditione, 265
 - de interesse, 205-213
 - de pactis, 26, 27, 31, 40, 58, 67, 68, 75, 80, 83, 88, 104, 107, 111, 112, 113, 117
 - si certum petatur, 248-250
- Talamanca M., 2
- Titulus adquirendi, 274 n. 20
- Tommasini R., 59
- Traditio,
 - come elemento di tipicità funzionale del contratto, 365-366
 - come obbligo infungibile, 198 ss., 240, 244
 - come obbligo subordinato, 239-240, 245-246
 - manu militari, 238-239
 - vacuae possessionis, 230, 237
- Ugolino dè Presbiteri, 25, 31, 49
- Ulpianus de edendo, 121, 123
- Vacario, 121
- Vaccari P., 113, 115, 335
- Vestimentum
 - classificazione
 - — dell'Epitome exactis regibus, 122
 - — di Azone, 133, 193
 - — di Iacopo Baldovini, 359-361
 - — di Piacentino, 124
 - — nella Glossa Magna, 134
 - concezione degli Ultramontani, 366-369, 376-377
 - confirmatio a lege, 168 ss., 179, 184, 191, 379
 - consensu, 123, 164-165, 187, 194, 373-374
 - contractus cohaerentia, 137-139, 194, 396, 479
 - interventus rei, 122, 136, 142, 177, 185, 194, 270, 279, 283, 285, 307, 328, 392-395, 404-405, 473
 - legis auxilium, 124, 162 ss., 179, 191, 371-372, 428
 - literis, 123, 169, 172-173, 193-194
 - re, 123, 187, 194, 364-366
 - relazione con il nomen contractus, 134,
 - verbis, 123, 148, 169, 174, 193-194
- Vismara G., 318
- Wahrmund L., 249
- Weimar P., 60
- Zanetti G., 65

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- Vol. 1 (1972), 8°, p. 486
Vol. 2 (1973), 8°, p. 798
Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041
Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140
Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648
Vol. 8 (1979), 8°, p. 564
Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590
Vol. 10 (1981), 8°, p. 584
Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200
Vol. 13 (1984), 8°, p. 782
Vol. 14 (1985), 8°, p. 646
Vol. 15 (1986), 8°, p. 748
Vol. 16 (1987), - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718
Vol. 17 (1988), 8°, p. 640
Vol. 18 (1989), 8°, p. 744
Vol. 19 (1990), 8°, p. 736
Vol. 20 (1991), - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588
Vol. 21 (1992), 8°, p. 750
Vol. 22 (1993), - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706
Vol. 23 (1994), 8°, p. 554
Vol. 24 (1995), 8°, p. 620
Vol. 25 (1996), 8°, p. 810
Vol. 26 (1997), 8°, p. 744
Vol. 27 (1998), 8°, p. 590
Vol. 28 (1999), 8° - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO
PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

- 2 Mario Sbriccoli, **CRIMEN LAESAE MAIESTATIS**
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, **IL PROGETTO GIURIDICO**
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, **ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO**
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « **UN ALTRO MODO DI POSSEDERE** »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, **STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, **GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO**
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, **I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE**
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

L. 64.000
€ 33,05 I.V.A. inclusa

6048-31

ISBN 88-14-08835-7



9 788814 088353